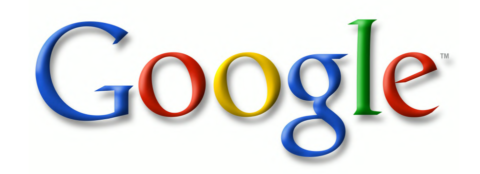
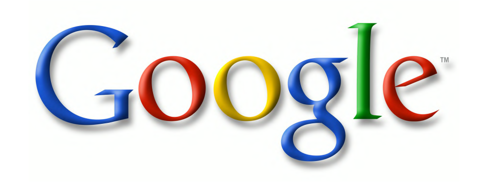
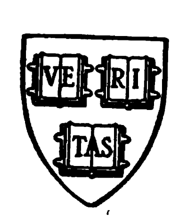





VE
RI
TAS

Belgium

DROIT ROMAIN.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DES DROITS RÉELS

ET

DES OBLIGATIONS.

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe & Cie, rue Blaes, 33.

DROIT ROMAIN

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DES DROITS RÉELS

ET

DES OBLIGATIONS

PRÉCÉDÉ

D'UN EXPOSÉ DES NOTIONS GÉNÉRALES ET PRÉLIMINAIRES

Par M.-J. CORNIL

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION,
PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES.

BRUXELLES
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS
RUE BLAES 33

1885

AVANT-PROPOS.

En commençant le travail que je publie aujourd'hui, j'avais préparé la dédicace qu'on va lire; et, bien que, depuis, nous ayons perdu celui auquel elle s'adresse, je ne l'ai pas supprimée. J'avais pour cela deux motifs : d'abord, cette dédicace est un juste hommage à la mémoire de l'éminent et regretté professeur. Ensuite, elle explique pourquoi j'ai cru pouvoir m'abstenir de toute citation de lois et d'auteurs; on y verra, en effet, que mon *Traité* n'étant, pour ainsi dire, qu'un résumé du *Cours* de Maynz, il trouve dans ce cours son complément, et s'abrite naturellement sous les mêmes autorités.

A Monsieur le professeur MAYNZ.

Cher Maître,

C'est par vous qu'il y a trente ans j'étais initié à la science du droit. Plus tard, appelé à enseigner une

partie des Institutes, j'ai pris pour guide votre *Cours de droit romain*. Enfin quand, dans le but de faciliter le travail de mes élèves, j'ai entrepris la présente publication, c'est encore à votre livre que j'ai eu recours; je n'ai guère fait qu'y puiser les éléments de la législation romaine, et les réduire à leur formule la plus simple. Pour toutes ces raisons, le Manuel, que je livre à l'impression, ne m'appartient pas réellement, et je m'empresse de reconnaître, en vous le dédiant, qu'il est votre œuvre plutôt que la mienne.

Bruxelles, juin 1880.

M. J. C.

INTRODUCTION.

NOTIONS GÉNÉRALES ET PRÉLIMINAIRES.

TITRE PREMIER.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

NOTION ET DIVISION.

§ 1er.

Notion.

Le mot « droit » s'emploie dans deux sens. Il désigne tantôt l'ensemble des lois, à l'observation desquelles l'homme peut être contraint; tantôt, les facultés qui sont garanties par ces lois.

Dans cette dernière acception, le droit a, en général, pour élément fondamental la volonté de l'homme. Mais,

pour agir, cette volonté doit nécessairement s'appliquer à un objet; et elle n'acquiert une efficacité extérieure que si elle se produit d'une manière conforme à la loi. De sorte que l'idée du droit implique le concours des trois points suivants :

1° Un sujet, qui s'appelle personne;

2° Un objet; on lui donne le nom de chose, ce mot pris dans son sens le plus étendu;

3° Un acte, qui met le sujet en rapport avec l'objet, conformément à la loi.

Ces trois éléments étant réunis, le droit existe; et s'il y est porté atteinte, l'intervention de l'autorité peut être réclamée; le titulaire du droit lésé a une action en justice.

§ 2.

Division.

La division principale des droits est celle qui a, pour base, le deuxième des éléments essentiels, énumérés ci-dessus, savoir l'objet.

Il se peut que cet objet soit la personnalité du sujet lui-même, et consiste dans son état ou sa capacité juridique; il se peut qu'il soit en dehors de cette personnalité. Dans le premier cas, les droits sont nommés personnels; par exemple, la liberté, le droit de cité, la qualité d'époux, de père, etc. Dans le second cas, ils s'appellent patrimoniaux.

A leur tour, les droits patrimoniaux se subdivisent en deux classes. En effet, en dehors de nous, l'objet de notre droit présente deux variétés parfaitement distinctes :

Ou bien cet objet est l'un de nos semblables, un

homme libre, dont nous sommes fondés à exiger une prestation; le droit s'appelle alors droit d'obligation.

Ou bien c'est une chose proprement dite qui nous est subordonnée; le mot « chose » étant pris dans son sens technique, c'est-à-dire s'appliquant à tout objet matériel, sauf l'homme libre. Cette dernière classe est connue sous le nom de « droits réels ».

D'après cela, ce qui caractérise les deux espèces de droits patrimoniaux, c'est que le droit d'obligation autorise à réclamer une prestation d'une personne déterminée, mais n'existe que vis-à-vis de cette personne; tandis que le droit réel donne seulement la faculté d'user d'une chose, mais attribue cette faculté à l'égard de tous.

Nous n'avons à nous occuper que des droits patrimoniaux. Encore nous a-t-il fallu, pour éviter tout double emploi, négliger, autant que possible, ce qui rentre spécialement soit dans le droit de famille, soit dans les successions à cause de mort. Mais nous ne pouvions nous jeter d'emblée dans l'étude détaillée des droits réels et des obligations; sous peine de n'être pas compris, nous devions préparer, à cette étude, par un exposé succinct des notions préliminaires. C'est ce que nous avons fait dans une sorte d'introduction, ou d'entrée en matière. Celle-ci contient, d'abord, les idées générales, relatives au droit et à chacun de ses éléments, ainsi qu'à la protection que la loi lui accorde. Puis, nous y avons joint la théorie de la possession : d'une part, parce que la possession, quoique jouissant d'une certaine garantie légale, n'est pas un droit, mais un fait; et que, par suite, elle trouverait difficilement place parmi les droits; d'autre part, parce qu'elle se rencontre, à chaque pas, dans l'examen des droits, tellement qu'il n'est guère possible d'aborder cet examen sans con-

naître la possession; et que; dès lors, elle constitue une véritable notion préliminaire.

Notre cours se compose donc de deux livres qui traitent : le premier, des droits réels; le second, des obligations; et ils sont précédés d'une Introduction qui se divise en deux titres, consacrés : l'un, aux droits en général; l'autre, à la possession.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES.

§ 3.

Notion et espèces.

On entend par personne le sujet du droit, c'est-à-dire tout être capable d'avoir des droits.

Il importe de ne pas confondre la jouissance et l'exercice des droits. Nous jouissons d'un droit par cela seul qu'il nous appartient, qu'il repose sur notre tête; nous l'exerçons quand nous agissons en vertu de ce droit, quand nous faisons les actes d'administration ou de disposition qu'il autorise. Or, il est possible que nous ayons un droit, sans être capables de l'exercer par nous-mêmes; la jouissance et l'exercice des droits sont donc choses distinctes; et ce que la personnalité implique, c'est la capacité d'avoir des droits, et non de les exercer. Il ne faut pas, non plus, que la capacité embrasse tous les droits;

cette capacité peut être plus ou moins étendue; mais quelque restreinte qu'elle soit, elle suffit pour constituer la personnalité.

En droit naturel, le mot « personne » comprend tous les hommes, et rien que les hommes; les termes « homme » et « personne » sont synonymes. La loi romaine a dérogé doublement à ce principe. En effet, la jouissance des droits a été refusée à certains hommes, savoir aux esclaves. Par contre, cette jouissance a été accordée à des êtres qui ne sont pas hommes, par exemple, à l'État, aux municipes, etc. De là, deux espèces de personnes, selon qu'elles tiennent leur capacité soit de la nature, soit de la loi. Les premières s'appellent physiques ou naturelles; les autres, civiles, morales ou fictives.

I. — Des personnes physiques.

§ 4.

Éléments constitutifs de la personnalité physique.

Pour qu'un individu ait la qualité de personne physique, il doit d'abord réunir les conditions suivantes :

1° Être né. Tant que dure la gestation, l'enfant n'a pas d'existence juridique; il est considéré comme faisant partie de sa mère; celle-ci a des droits, l'enfant n'en a point. Cependant une fiction légale assimile l'enfant conçu à l'enfant déjà né, quand cette assimilation est favorable à ses intérêts : *Nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur;*

2° Être homme. La loi ne reconnaît aucun droit ni aux animaux ni aux monstres;

3° Être vivant. L'enfant a vécu s'il a respiré après avoir été dégagé du sein de sa mère ; il n'est pas nécessaire qu'il ait crié ;

4° Être viable, *vitalis*, c'est-à-dire né à terme ; ou, plutôt, conformé de manière à pouvoir vivre. Sans cela, la gestation n'a abouti qu'à un avortement, et l'avorton n'est pas plus une personne, que l'enfant mort-né.

Tels sont les éléments physiques de la personnalité ; la loi naturelle n'en demande pas davantage ; mais la loi romaine est plus exigeante ; et, aux conditions qui précèdent, elle en ajoute encore une :

5° Être libre ; la personnalité est refusée aux esclaves.

DIVISIONS DES PERSONNES PHYSIQUES.

§ 5.

Cives et peregrini.

On appelle *cives*, les personnes qui ont le droit de cité, *jus civitatis ; peregrini*, celles qui ne l'ont pas. Aux *cives* étaient réservés les droits consacrés par le *jus civile ;* parmi lesquels figuraient principalement le *connubium* et le *commercium ;* et les droits du *jus civile* jouissaient d'une efficacité absolue. Les *peregrini* n'étaient que sous la sauvegarde du *jus gentium ;* et celui-ci était primitivement dépourvu de toute garantie légale.

La division en *cives* et *peregrini* était donc capitale dans les premiers temps ; mais elle n'a pas toujours conservé cette importance. Grâce aux progrès de la civilisation, le *jus gentium* sortit du néant ; il acquit une valeur ; et peu à peu cette valeur s'accrut d'une manière sensible,

à tel point que le *jus gentium* finit par être mis, à peu près, sur la même ligne que le *jus civile;* en droit nouveau, une fusion complète s'est opérée, dans presque toutes les matières, entre les deux législations. Or, en même temps que le *jus gentium* se rapprocha du *jus civile;* en même temps, et dans la même mesure, la différence, fondée sur le droit de cité, perdit de son intérêt; et, naturellement, cet intérêt fut presque nul, quand le *jus civile* et le *jus gentium* en vinrent à être pour ainsi dire confondus.

Au surplus, la division elle-même n'était pas restée intacte. Elle avait d'abord été entamée par la création des *latini,* qui tenaient le milieu entre *cives* et *peregrini,* et jouissaient de l'un des attributs du *jus civitatis,* savoir le *commercium*. Plus tard, sous Caracalla, elle reçut une atteinte beaucoup plus grave : cet empereur accorda le droit de cité à tous les Romains libres; et, désormais, on ne trouva plus, en dehors de la classe des citoyens, que certaines catégories d'affranchis. Enfin, Justinien alla plus loin encore : tous les sujets libres de l'empire furent proclamés citoyens; et les causes, qui empêchaient l'affranchissement d'attribuer le droit de cité avec toutes ses prérogatives, furent supprimées. Par conséquent, en droit nouveau, tous les Romains libres ont le droit de cité, et jouissent des avantages qui y sont inhérents; à moins, cependant, qu'ils n'en soient privés par suite de certaines condamnations, par exemple, à la déportation.

§ 6.

Sui juris et *alieni juris.*

Les citoyens étaient *alieni juris* ou *sui juris*, suivant qu'ils étaient ou qu'ils n'étaient pas soumis à la puissance d'un autre.

Cette puissance pouvait procéder de différentes causes; et, indépendamment de la *dominica potestas*, qui a pour objet les esclaves, on en distinguait trois espèces :

1. La *manus*, puissance du mari sur sa femme;
2. La *patria potestas*, puissance du père sur ses enfants;
3. Le *mancipium*, puissance d'un citoyen sur un autre citoyen, et en vertu de laquelle le second appartenait au premier, sans cependant perdre la liberté, ni même le droit de cité.

Les *alieni juris*, autres que les esclaves, avaient la personnalité. Mais tous, y compris les esclaves, étaient considérés comme les membres ou les instruments de leur *paterfamilias*; et, par suite, tout ce qu'ils acquéraient était acquis à celui-ci. Telle était l'influence de la condition dépendante des *alieni juris*; telle était la conséquence du principe qui absorbait toute la famille dans la personne de son chef. Seulement, ce principe n'ayant été admis que dans l'intérêt du *paterfamilias*, il n'était appliqué qu'à l'avantage de ce dernier; de sorte qu'il se résumait dans la formule suivante : en général, les actes de l'*alieni juris* profitaient au *paterfamilias*, mais ne lui nuisaient point. Ajoutons toutefois que cette règle a subi de

nombreuses exceptions; et qu'en droit nouveau, il y a des cas où le fils de famille acquiert pour lui-même, comme il y en a aussi où les obligations qu'il a contractées lient le *paterfamilias*.

§ 7.

Pubères et impubères.

Cette division a pour base l'âge des personnes; et elle se rapporte à l'exercice plutôt qu'à la jouissance des droits.

A l'origine, la puberté dépendait exclusivement du développement corporel; conformément à l'étymologie du mot, celui-là était pubère, qui avait la capacité physique que requiert le mariage; était impubère, celui auquel manquait cette capacité. Mais, ainsi définie, la puberté variait d'individu à individu et était bien difficile à constater. Pour échapper aux inconvénients qui résultaient de là, Justinien s'en tint uniquement à l'âge des personnes, et fixa la puberté à douze ans pour les filles, à quatorze ans pour les garçons.

Parmi les impubères, on distingue les *infantes* et les *infantia majores*; la limite de l'enfance est l'âge de sept ans. A leur tour, les pubères ont aussi été subdivisés en majeurs et mineurs, selon qu'ils ont ou n'ont pas atteint vingt-cinq ans.

Voici maintenant quelle est la portée que la loi attache à la différence d'âge.

Les impubères sont incapables de se marier et de tester; et, sur ces deux points, leur incapacité est sans remède. Ils sont également incapables, relativement aux

autres actes juridiques en général; mais ici, d'une part, l'incapacité des impubères est moins absolue; d'autre part, il peut y être suppléé par l'intervention du tuteur; et nous trouvons, sous ce double rapport, une différence notable entre l'*infans* et l'*infantia major*. Aux yeux de la loi, l'*infans* est présumé n'avoir pas de volonté; l'*infantia major* a une volonté, mais il n'a pas les facultés intellectuelles, suffisamment développées pour apprécier les actes, qui sont de nature à lui causer un préjudice. Il suit de là :

1. Que l'*infans* n'est capable de faire aucun acte quelconque, tandis que l'*infantia major* est capable de faire les actes qui ne peuvent lui être qu'avantageux, par exemple, accepter une donation pure et simple; il n'est incapable que de s'obliger et d'aliéner;

2. Que pour les actes, à l'égard desquels l'impubère est frappé d'incapacité, et que l'intervention d'un tuteur rend possibles, l'*infans* est remplacé par le tuteur, alors que l'*infantia major* agit lui-même avec l'assistance de son tuteur.

2) Les pubères jouissaient originairement d'une capacité absolue. Ils pouvaient se marier et tester; et, à cet égard, leur capacité n'a jamais été restreinte. Mais pour les opérations juridiques, autres que le mariage et le testament, elle n'est pas restée entière. Il se peut, en effet, que, bien qu'arrivée à l'âge de la puberté, une personne n'ait pas le discernement et l'expérience nécessaires, soit pour se mettre en garde contre l'habileté des spéculateurs avec lesquels elle négocie, soit, même en l'absence de toute fraude, pour mesurer exactement l'importance des actes auxquels elle procède. Aussi, le législateur crut-il devoir protéger les pubères qui n'avaient pas atteint vingt-cinq

ans, *minores XXV annis*. La loi *Plætoria* intervint la première dans cet ordre d'idées; elle menaçait d'une poursuite criminelle celui qui, en traitant avec un pubère mineur, aurait abusé de sa jeunesse pour le tromper. Mais cette disposition parut bientôt insuffisante. D'une part, il arriva que la menace d'une poursuite n'arrêtait point le spéculateur indélicat; alors celui-ci était passible d'une peine, et néanmoins l'acte demeurait debout. D'autre part, la fraude seule était frappée; or, il est possible que le préjudice que subit le mineur n'ait pour cause que son inexpérience. Sur ces deux points, la loi *Plætoria* présentait des lacunes; le préteur chercha à les combler et il y parvint, notamment, au moyen de la restitution en entier. Grâce à cette mesure, le mineur était rétabli dans la situation qu'il aurait eue si l'acte n'avait pas eu lieu; et il n'était pas nécessaire, pour cela, qu'il eût été victime de manœuvres frauduleuses; il suffisait que l'acte lui eût infligé un dommage. Seulement, en même temps que la protection accordée au mineur était ainsi rendue à la fois plus efficace et plus complète, en même temps sa capacité juridique se trouva sensiblement restreinte. Le pubère, bien que mineur, avait toujours la faculté de se marier et de tester; là rien n'était changé; mais pour les autres actes, les tiers, ayant à craindre la restitution en entier, ne pouvaient plus traiter en toute sécurité avec le mineur; et, par suite, celui-ci allait peut-être se trouver dans l'impossibilité de conclure des conventions auxquelles il avait le plus grand intérêt. C'est ce qui fit établir pour les mineurs la curatelle, institution qui n'est pas sans avoir quelque analogie avec la tutelle de l'impubère *infantia major*. C'est ce qui fit également qu'il fut parfois plus avantageux d'être dispensé de la protection dont le

mineur était couvert. Aussi, sous l'empire, voyons-nous apparaître cette dispense. Elle se nommait *venia ætatis*; elle pouvait être accordée par l'empereur aux hommes âgés de vingt ans, aux femmes âgées de dix-huit ans; et elle avait pour effet d'assimiler, presque complètement, le mineur au majeur.

§ 8.

Hommes et femmes.

En principe, les deux sexes sont égaux devant la loi. Cependant la femme a toujours été considérée comme inférieure à l'homme, sous le rapport de l'intelligence et de la volonté; et cet état d'infériorité a fait établir, même dans le domaine du droit privé, certaines différences qui ne sont pas sans importance. C'est ainsi que la puissance paternelle est réservée exclusivement à l'homme; même à défaut de père, elle est refusée à la mère, parce que celle-ci est censée n'avoir pas la force de caractère nécessaire pour exercer les attributs de cette puissance. C'est ainsi encore que la femme est incapable de se porter caution, ou, d'une manière générale, de faire un acte d'intercession; et qu'elle est admise plus facilement à se prévaloir d'une erreur de droit.

L'intercession, dans son sens technique, s'entend de tout acte par lequel nous prenons à notre charge la dette d'autrui; elle est nulle, aux termes du sénatusconsulte velléien, lorsqu'elle émane d'une femme; et la nullité s'explique par le motif qu'on se laisse aisément tromper sur la portée de pareil engagement. Le débiteur, pour lequel l'intercession a lieu, se fait presque toujours illusion sur

les ressources, qu'il aura à sa disposition lors de l'échéance de sa dette ; l'intercédant est amené, sans peine, à partager cette illusion, et, par suite, à se figurer que son engagement n'aura aucune conséquence fâcheuse ; ce qui le décide souvent à intervenir à la légère. C'est là une considération que démontre l'expérience de tous les jours ; et si elle est vraie, même pour les hommes, *à fortiori* doit-elle être admise pour le sexe faible ; aussi le législateur la trouve alors tellement puissante, que l'intercession d'une femme est censée avoir eu lieu sans connaissance de cause, et, par conséquent, est frappée de nullité, sans qu'il en résulte même une obligation naturelle.

L'explication de la différence, relative à l'erreur, tient encore, à peu près, au même ordre d'idées. D'après un axiome, imposé par une sorte de nécessité sociale, chacun est présumé connaître la loi ; d'où il suit qu'en général on n'est pas reçu à invoquer une erreur de droit, c'est-à-dire à prétendre qu'on a ignoré soit l'existence, soit la portée exacte d'une loi. Mais cette présomption et la conséquence qui en a été déduite ne pouvaient pas être appliquées avec une égale rigueur aux deux sexes. En effet, à l'époque où le pouvoir législatif était exercé par le peuple, la femme était exclue des comices ; et plus tard, quand ce pouvoir eut passé à l'empereur, était-il possible de présumer la connaissance des lois, d'une manière aussi absolue, chez la femme que chez l'homme? Évidemment, non ; une distinction était impérieusement commandée, à cet égard, par le rôle que la femme joue dans la société, par son genre de vie, par les occupations habituelles, auxquelles l'appellent son organisation et ses aptitudes spéciales. Voilà pourquoi l'erreur de droit était excusée plus facilement chez la femme.

§ 9.

II. — Des personnes civiles.

On appelle personne civile, l'être qui n'est pas une personne physique, et auquel la loi a conféré la capacité d'avoir des droits : par exemple, l'État, les municipes, les établissements de bienfaisance.

La personne civile est donc un être fictif. Or, une fiction, et une fiction qui s'impose à tous, ne peut évidemment exister que par la volonté de l'autorité souveraine. Rappelons seulement qu'ici, comme dans les autres domaines de la législation, cette volonté n'a pas toujours dû être manifestée d'une manière expresse, et dans la forme d'une loi proprement dite ; à l'origine, les personnes civiles, et même les plus importantes, ont été établies par la coutume.

La capacité de la personne civile n'embrasse pas tous les droits. Par la nature même des choses, il ne peut guère y être question de droits personnels ; et relativement aux droits patrimoniaux, l'étendue de cette capacité est déterminée par la disposition législative qui confère la personnalité.

D'un autre côté, par le même motif, c'est-à-dire parce qu'elle est un être fictif, la personne civile est incapable d'exercer ses droits. Elle est, à cette fin, représentée par une ou plusieurs personnes physiques, qui agissent comme ses mandataires. Mais il faut bien la distinguer de ses représentants, comme des personnes physiques, dont l'ensemble constitue souvent l'abstraction érigée en per-

sonne civile; car c'est l'être fictif qui a la personnalité; et, par conséquent, à lui, mais à lui seul, appartiennent les droits; de même qu'à lui, mais à lui seul, incombent les obligations de la personne civile.

CHAPITRE III.

DES CHOSES.

§ 10.

Notion.

Dans un sens large, le mot « chose » comprend tout ce qui peut être l'objet d'un droit; c'est cette signification que nous lui donnons dans le présent chapitre.

Dans son sens technique, il s'applique seulement à l'objet du droit réel, c'est-à-dire à tout objet matériel, hors l'homme. Mais cette notion théorique a encore été modifiée par la loi positive. Elle a été étendue et restreinte : étendue, en ce qu'elle embrasse les esclaves; restreinte, en ce que certains objets qui, par leur nature, rentrent dans la catégorie des choses sont cependant hors du commerce, c'est-à-dire ne sont pas susceptibles d'appropriation privée.

Ces objets, *res extra commercium*, sont :

1. Les choses destinées à l'usage, soit de tout le monde, *res communes* : telles que l'air, la mer et ses rivages, etc.; soit de tous les membres de la république, *res publicæ* : par

exemple, les fleuves et les grandes routes; soit des membres d'une commune, *res civitatum* : comme les théâtres, les arènes, etc.;

2. Les *res divini iuris*, qui se divisent en trois classes, selon qu'elles sont consacrées aux dieux supérieurs, aux dieux Mânes, ou au dieu Terme. La première classe comprend les objets qui servent à l'exercice du culte, *res sacræ*; la deuxième, les lieux où un mort se trouve enterré, *res religiosæ*; la troisième, certaines choses destinées à garantir la sécurité publique et qui, pour cette raison, sont considérées comme inviolables, *res sanctæ*; par exemple, les murs et les portes des villes.

On voit, par les définitions qui précèdent, que ce qui exclut un objet du commerce, ce n'est point une qualité inhérente à cet objet, mais une circonstance toute relative, savoir l'usage auquel il est actuellement affecté. Il résulte de là que l'exclusion n'existe qu'autant que dure cette affectation; qu'aussitôt que celle-ci vient à cesser, la chose est *in commercio;* et que, par conséquent, elle est susceptible d'appropriation privée; soit par suite d'une aliénation directe; soit indirectement, au moyen de l'usucapion.

DIVISIONS DES CHOSES.

§ 11.

Corporelles et incorporelles.

Les choses corporelles sont celles qui tombent sous les sens; les autres sont incorporelles.

Il est évident, d'après cela, que toute chose est corporelle, lorsqu'on donne à ce mot sa signification technique;

et que, pour rendre la division possible, il faut le prendre dans son sens large, d'après lequel il s'entend de tout ce qui peut être l'objet d'un droit.

Il est clair également que le droit lui-même est toujours incorporel, puisqu'il consiste dans un rapport intellectuel entre le sujet et l'objet. Mais parmi les droits, il en est un qui se confond pour ainsi dire avec son objet; c'est le droit de propriété. Il a pour objet une chose proprement dite; et, à la différence des autres droits réels, il nous autorise à en user de la manière la plus absolue; il l'absorbe tout entière, et s'identifie en quelque sorte avec elle. C'est ce qui explique la formule par laquelle, dans le langage juridique, aussi bien que dans le langage usuel, nous affirmons l'existence de notre droit de propriété : *Hæc res mea est*. C'est ce qui a fait aussi que le droit de propriété a été classé parmi les choses corporelles; mais c'est le seul; et tous les autres droits sont restés compris dans les choses incorporelles.

§ 12.

Meubles et immeubles.

Est meuble tout ce qui est susceptible de déplacement, *quod moveri potest;* immeuble, *quod moveri non potest*.

Par immeuble, on entend donc le sol et toute partie du sol; mais le mot a un sens plus étendu, et il s'applique en outre :

1. Aux choses qui se trouvent naturellement dans le sein de la terre : par exemple, les couches de minerai, la houille, etc.;

2. Aux choses qui sont incorporées au sol, ou qui y sont attachées d'une manière permanente, comme les maisons, les plantes qui ont racine dans le sol, etc.

Tout ce qui ne rentre pas dans ces diverses catégories d'immeubles est meuble.

Il est à remarquer que le caractère mobilier ou immobilier n'est pas absolu et irrévocable. Une chose, mobilière par sa nature, peut devenir immobilière; c'est ce qui a lieu quand elle est unie au sol. L'inverse arrive également; ainsi, une fois séparés du fonds, les métaux, les arbres sont choses mobilières; de même encore les matériaux d'une construction démolie.

§ 13.

Fongibles et non fongibles.

Les choses fongibles sont celles qui n'ont pas de valeur individuelle; de sorte que chaque individu de l'espèce est l'équivalent exact de tout autre individu, appartenant à la même espèce; et que, par suite, ils sont tous aptes à se remplacer ou à se représenter l'un l'autre, *vice alterius fungi*. C'est pour ce motif qu'on les appelle fongibles, ou aussi : *res quæ pondere, numero, mensurâ constant*. Tels sont, en général, le blé, l'argent, les divers exemplaires d'un ouvrage, etc. Au contraire, quand la chose a une valeur individuelle, comme une maison, un esclave, un cheval, etc., celui à qui pareille chose est due n'est pas tenu d'en accepter une autre de la même espèce; elle s'appelle non fongible.

Il ne faut pas confondre les termes « fongible » et « consomptible ». En effet, la chose consomptible est celle

dont il est impossible d'user sans la consommer ; et il suffit de rapprocher, de cette notion, celle de la fongibilité, pour se convaincre qu'il n'existe entre elles aucune corrélation nécessaire.

§ 14.

Divisibles et indivisibles.

Une chose est juridiquement divisible, quand il est possible d'en faire plusieurs parts, de manière que chacune soit d'une nature identique à celle des autres parts comme à celle de la chose elle-même. Sans cette double condition, la chose est indivisible. Ainsi une somme d'argent, une pièce de terre sont divisibles; un cheval, un esclave sont indivisibles.

L'idée de divisibilité n'a pas été appliquée aux choses matérielles exclusivement; on l'a étendue aussi aux droits, et, pour cela, on s'est attaché à la consistance du rapport qu'ils établissent entre le sujet et l'objet; de telle sorte que, pour résoudre la question de savoir si un droit est divisible ou indivisible, il faudra considérer en quoi consiste, soit la faculté qu'il confère au sujet, soit la charge dont il grève l'objet, c'est-à-dire ce qui en constitue la manifestation extérieure; et rechercher si cette manifestation est ou n'est pas susceptible du fractionnement juridique, tel qu'il vient d'être défini.

§ 15.

Principales et accessoires.

Les choses principales sont celles qui ont une existence propre et indépendante; les choses accessoires, celles qui dépendent d'une autre.

Sont donc accessoires, les objets qui sont incorporés à un immeuble, comme les plantes qui ont pris racine dans le sol, les matériaux entrés dans une construction; de même aussi les fruits, les impenses, etc., etc.

On entend, par fruits, les produits naturels et périodiques, *quidquid ex re nasci et renasci solet.*

Ce mot s'emploie aussi au figuré; il désigne alors le produit périodique que nous retirons d'une chose, en échange de l'usage qui en est concédé à autrui : par exemple, les loyers, les fermages, les intérêts. Ces fruits se nomment civils, par opposition aux autres, qui sont qualifiés naturels.

Les impenses sont les frais et dépenses que nous faisons sur une chose. Elles se divisent en nécessaires, utiles et voluptuaires. On appelle nécessaires, celles qui sont indispensables à la conservation de la chose; *quæ si factæ non sint, res peritura aut deterior futura sit;* les autres sont celles qui, sans être nécessaires, ont pour effet de rendre la chose meilleure (utiles), ou plus agréable (voluptuaires).

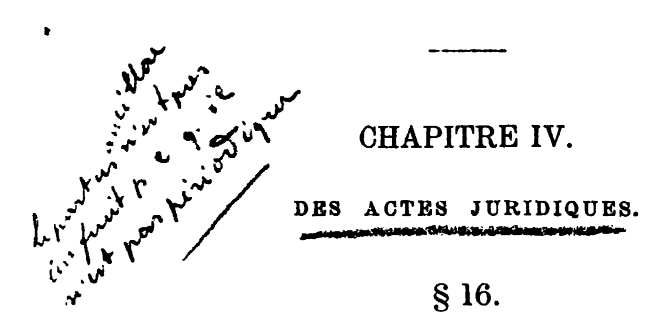
Quant à la dépendance qui caractérise la chose accessoire, et qui a sa formule dans l'adage *Accessio cedit*

principali, elle se trahit à un double point de vue :

1. L'accessoire participe de la nature du principal; celui-ci étant immeuble, l'accessoire l'est également.

2. L'accessoire a nécessairement le même propriétaire que le principal.

C'est ainsi, notamment, que les fruits, tant qu'ils sont attachés au fonds qui les produit, *pendentes*, sont immeubles et appartiennent forcément au propriétaire du fonds. Mais une fois détachés, *separati*, ils perdent la condition de chose accessoire; d'où il suit qu'ils deviennent meubles et sont susceptibles d'avoir un autre propriétaire.



CHAPITRE IV.

DES ACTES JURIDIQUES.

§ 16.

Notion.

Dans l'acception qui se présente la première à l'esprit, le mot *acte juridique* s'entend de tout ce que la loi exige pour mettre le sujet en rapport avec l'objet, de manière à créer un droit. Cependant sa signification est souvent plus étendue. D'abord, il n'y a pas que les faits, commandés par la loi, qui engendrent des droits; les faits illicites produisent aussi ce résultat en faveur de ceux qui en ont été victimes; et les uns comme les autres constituent des actes juridiques. Tel est le second sens du mot.

Puis, le but des actes n'est pas toujours, et nécessairement, la création d'un droit. Il en est qui tendent à cette fin, soit purement et simplement; soit concurremment avec l'extinction d'un droit, en ce sens que le droit cessera d'exister dans le chef d'une personne, pour passer sur la tête d'une autre. Mais il en est aussi qui n'ont pour effet que d'éteindre totalement ou partiellement un droit. Enfin, d'autres peuvent avoir pour but de conserver, de confirmer, de garantir un droit ou d'en poursuivre la reconnaissance en justice. De sorte que, dans le sens le plus large, le mot *acte juridique* comprend tout ce qui est de nature à produire un résultat quelconque dans le domaine du droit.

C'est à cette dernière acception, que nous allons nous en tenir dans le présent chapitre, sauf toutefois que nous en écartons les actes illicites; et, par conséquent, nous appellerons acte juridique, toute circonstance ou fait licite destiné à produire un effet juridique, quel qu'il soit.

§ 17.

Divisions.

Les actes juridiques se divisent :

1. En unilatéraux et bilatéraux, selon que la volonté d'une seule personne suffit pour leur perfection, ou que celle-ci exige la volonté d'au moins deux parties;

2. En actes entre-vifs et actes à cause de mort. Les derniers sont ceux, dont l'effet est subordonné à une double condition : le décès de l'auteur de la disposition, et la survie de celui au profit de qui elle est faite. Les autres actes sont dits entre-vifs;

3. En actes d'acquisition, dérivés et originaires.

D'ordinaire, quand nous acquérons un droit, nous le tenons d'une autre personne qui nous le transmet. Il se peut cependant que nous acquérions, sans qu'il y ait transmission de la part d'une autre personne. L'acte s'appelle, dans le premier cas, dérivé; dans le second, originaire; et la distinction est importante; car dans l'acquisition originaire, le droit se puise dans le fait et la volonté de l'acquéreur, et, par conséquent, se trouve déterminé par ce fait et cette volonté; tandis que l'acquisition dérivée ayant sa source dans la personne de l'auteur, le droit y est transmis, tel qu'il était pour ce dernier; et, notamment, s'il s'agit de propriété, l'acquéreur est soumis à toutes les charges dont la chose était grevée entre les mains de son auteur; tel est le sens de l'adage *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet.*

L'acquisition dérivée se nomme aussi succession; et celle-ci se subdivise en succession universelle, *per universitatem*, et succession particulière, *in singulas res.*

La succession universelle est celle qui a pour objet le patrimoine entier, ou, plus exactement, la personnalité même de l'auteur, en tant qu'elle est transmissible; toute autre succession est particulière. Les deux espèces diffèrent principalement en ce que le successeur universel, et lui seul, continue la personne de son auteur; d'où il résulte que, naturellement, les obligations de ce dernier passent, activement et passivement, au successeur universel, et non pas au successeur particulier.

§ 18.

Conditions de validité (essentialia).

L'acte juridique, d'après la définition qui en a été donnée, implique nécessairement : une ou plusieurs personnes qui y sont parties; un objet, auquel s'applique la volonté des parties ; enfin, l'acte proprement dit, qui met cette volonté en rapport avec cet objet. Les conditions requises pour la validité de l'acte sont donc relatives à ces trois éléments :

I. Quant aux personnes. Il va de soi, d'abord, qu'elles doivent être douées d'intelligence et de volonté. Sont absolument inhabiles à faire un acte quelconque, les enfants et toutes les personnes qui, soit habituellement, soit momentanément, se trouvent privées de l'exercice de leurs facultés intellectuelles. De plus, quand l'acte est de nature à porter atteinte aux droits d'une personne, celle-ci doit avoir la capacité de disposer de ses droits. Ainsi, comme nous l'avons vu au § 7, l'impubère *infantia major* a qualité pour passer les actes qui ne peuvent lui être nuisibles; mais, pour aliéner ou s'obliger, il faut être pubère; encore la capacité du mineur est-elle soumise à certaines restrictions.

II. Quant à l'objet, il doit :

1° Être déterminé, ou du moins susceptible d'être déterminé d'après les données de l'acte;

2° Être physiquement et légalement possible ;

3° Présenter un intérêt pour la personne, en faveur de laquelle l'acte a lieu.

III. Quant à l'acte proprement dit, la législation a no-

tablement varié. Dans les premiers temps, on vivait sous l'empire du *jus civile*, et celui-ci se distinguait par un formalisme rigoureux; ainsi, notamment, la *mancipatio*, mode usuel de transférer la propriété, exigeait l'accomplissement de formalités compliquées. Mais l'influence du *jus gentium* ne tarda pas à se faire sentir; à côté de la *mancipatio*, vint se placer la tradition, mode beaucoup plus simple et qui acquit bientôt une importance considérable. D'abord la tradition fut admise comme suffisante pour transmettre la propriété des *res nec mancipi*; puis, elle fut appliquée aux *res mancipi*, où elle finit par avoir la même efficacité que la *mancipatio*; si bien que, cette dernière ayant disparu, c'est la tradition qui la remplaça et qui devint, dans le droit nouveau, le moyen ordinaire d'acquérir la propriété de toutes choses indistinctement.

La même simplification s'est opérée dans la manière dont les parties devaient manifester leur volonté. Primitivement, on était astreint aux règles sévères du *jus civile* : l'emploi de la langue latine était de rigueur; il fallait, dans une institution d'héritier, parler en maître et sous forme de commandement, *verbis directis et imperativis*; dans une action en justice, on était tenu de reproduire textuellement les termes mêmes de la loi invoquée, etc. Mais ici encore, le *jus gentium* est intervenu. Par suite, les langues étrangères furent admises; les formules sacramentelles cessèrent d'être obligatoires; et l'on en arriva à ce point, dans le droit nouveau, que : en général, il est permis d'exprimer sa pensée en toute langue, et de n'importe quelle façon; il n'est même pas indispensable de parler; la volonté peut se manifester par un geste, ou même tacitement, c'est-à-dire résulter, soit d'un fait, soit d'une abstention, qui implique cette volonté.

EFFETS.

§ 19.

Naturalia.

L'acte qui réunit les éléments requis pour sa validité (*essentialia*), a la portée voulue par la partie ou par les parties dont il émane. S'agit-il d'un acte unilatéral, c'est la volonté unique; s'agit-il d'un acte bilatéral, c'est la volonté commune, qui détermine cette portée.

1 Effets qui sont de l'essence de l'acte (nécessaires)

Il y a cependant des institutions, auxquelles certains effets sont forcément attachés, à tel point qu'elles ne peuvent exister sans ces effets. On dit alors de ceux-ci, qu'ils sont de l'essence de ces institutions ou des actes qui les établissent; et il va de soi que la volonté des parties n'a sur eux aucune prise, en ce sens que l'acte étant parfait aura, nécessairement, les résultats que la loi considère comme étant de son essence; il n'est pas permis d'y déroger.

2 Effets qui sont de sa nature (naturels)

En dehors de ces effets nécessaires, la volonté des parties reprend tout son empire; et la loi n'apparaît, au besoin, que pour traduire et formuler, en termes précis, cette volonté présumée. Si les parties ne se sont pas expliquées sur les conséquences de l'acte; si elles se sont contentées de lui donner sa qualification légale, il aura les résultats qui vont de soi, et que l'on considère comme étant dans la volonté dont l'acte émane (*naturalia*). Ces résultats sont déterminés par la loi; lorsque les parties n'ont pas exprimé l'intention de les rejeter, elles sont à bon droit censées les avoir acceptés.

Ainsi dans la vente les parties peuvent stipuler la non-garantie
Ainsi dans l'hypothèque, le créancier peut renoncer à l'indivisibilité. (V. p. 183)

Mais on est libre de se soustraire, en tout ou en partie, à ces effets naturels. Les dérogations (*accidentalia*) varient à l'infini, comme les actes auxquels elles sont apportées; elles ne peuvent donc être signalées utilement, qu'à l'occasion de l'examen de ces divers actes. Toutefois, il y en a deux qui sont d'une application générale, et qui, pour ce motif, ont leur place marquée parmi les notions préliminaires. Ce sont : la condition et le terme.

ACCIDENTALIA.

§ 20.

Condition.

Le mot « condition », comme la plupart de ceux qu'emploie la langue du droit, se prend dans plusieurs sens : tantôt il est synonyme d'*essentiale;* ainsi nous disons indifféremment : éléments essentiels d'un acte, ou *conditions* requises pour son existence;

Tantôt il désigne les diverses clauses d'un acte;

Tantôt, enfin, il s'entend d'un événement futur et incertain, auquel est subordonnée l'efficacité d'un acte. Telle est la signification technique, celle d'après laquelle la condition constitue un *accidentale*. Elle déroge aux *naturalia,* en ce qu'elle tient en suspens l'efficacité de l'acte, et met en question le point de savoir s'il aura ou s'il n'aura pas d'effet; c'est là le propre de la condition ; et pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'événement soit, à la fois, futur et incertain. Si celui-ci est futur et certain, ou bien s'il est déjà arrivé, même à l'insu des parties, l'efficacité de l'acte n'est pas tenue en suspens, et l'on ne se

Résolutoire :
La donation de mes biens est nulle si je reviens vivant de la guerre

Suspensive :
Vous serez consul si vous m'aidez

trouve pas en présence d'une véritable condition. De même, si l'événement est physiquement ou légalement irréalisable, rien n'est mis en question; et, par conséquent, ce qu'on appelle condition impossible n'est pas, à proprement parler, une condition.

On divise la condition :

1. En potestative, casuelle et mixte. Elle est potestative, quand son accomplissement est au pouvoir de l'un ou l'autre des intéressés; casuelle, quand elle est indépendante de la volonté des parties; mixte, quand elle tient des deux qui précèdent; (si je me marie)

2. En suspensive et résolutoire. Cette division est fondée, non pas sur la nature de l'événement qui constitue la condition, mais uniquement sur le but de l'acte, auquel la condition est ajoutée. Ce but est-il la création d'un droit, la condition est dite suspensive; est-ce l'extinction ou la résolution d'un droit, elle s'appelle résolutoire.

L'influence de la condition consiste, ainsi que nous l'avons dit, à mettre en doute l'efficacité de l'acte. Tant que l'événement est incertain, on dit que *conditio pendet;* et l'incertitude peut cesser de deux façons : ou bien lorsque la condition s'accomplit, *existit;* ou bien parce qu'il devient certain qu'elle ne s'accomplira pas, *deficit*. Pour déterminer la portée d'un acte conditionnel, il faut donc considérer ces trois hypothèses :

1. *Conditio pendet*. L'efficacité de l'acte reste incertaine; peut-être agira-t-il, peut-être n'agira-t-il pas? En attendant, le *statu quo* est maintenu.

2. *Conditio deficit*. L'acte n'a et n'aura aucun effet;

3. *Conditio existit*. L'effet se produit; et la condition rétroagit, en général, de manière que l'acte est censé avoir toujours été pur et simple.

Au fond la résolutoire est une suspensive : (suspend l'efficacité) La donation de mes biens est efficace si je meurs à la guerre seulement la différence c'est que dans la résolutoire il y a déjà un dr. et dans l'exemple de la suspensive il n'y en a pas

V. p. 171 - D. Civil

§ 21.

Terme, dies.

Le terme est un événement futur et certain, qui marque ou le commencement, ou la fin de l'exécution d'un acte. Dans le premier cas, on le nomme suspensif, ou *dies à quo;* dans le second, résolutoire, ou *dies ad quem.*

On distingue aussi le *dies certus* et le *dies incertus;* selon qu'on sait ou qu'on ne sait pas à quelle époque précise il arrivera. Certains auteurs sont allés plus loin; ils ont subdivisé le *dies incertus* en *incertus quandò* et *incertus an*. Pour eux, le *dies incertus quandò*, c'est celui que nous venons de définir; et le *dies incertus an* est celui où l'incertitude est telle, qu'il est possible que l'événement n'arrive pas. Mais cette subdivision a le défaut capital d'appeler terme ce qui n'en est pas un; car, quand l'événement futur est incertain, au point d'être qualifié *incertus an,* il constitue une condition, et non un terme. C'est précisément en cela que la condition se distingue du terme; et il importe de ne pas les confondre. En effet, la condition, parce qu'elle peut s'accomplir ou ne pas s'accomplir, tient en suspens l'efficacité même de l'acte; le terme, parce qu'il arrivera nécessairement, n'a trait qu'à l'exécution de l'acte. Quand l'acte est conditionnel, il y a doute sur le point de savoir s'il agira; quand il est à terme, ce doute n'existe pas; l'acte produit ses effets, mais ceux-ci ne s'imposent qu'à partir de l'époque fixée ou jusqu'à cette époque. Il suit de là, notamment, que, dans les conventions, destinées à créer un droit d'obligation, la condition fait obstacle à la naissance immédiate

du droit; tant que *conditio pendet*, il n'y a ni créancier ni débiteur; par conséquent, le payement qui aurait été fait par erreur serait nul et donnerait lieu à la *conditio indebiti*. Au contraire, le terme suspensif n'empêche pas que l'obligation existe immédiatement; à la vérité, tant qu'il n'est pas expiré, la personne en faveur de laquelle il a été établi ne peut pas être contrainte à s'exécuter; mais il y a créancier et débiteur; et, dès lors, le payement ne donnerait pas lieu à répétition pour avoir été effectué, même par erreur, avant l'arrivée du terme.

CHAPITRE V.

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS.

Observation générale.

C'est un principe fondamental, dans toute société civilisée, qu'il n'est pas permis de se faire justice à soi-même. Lorsqu'il est porté atteinte à notre droit, il ne nous appartient pas de nous ériger en juges, ni de recourir, au premier moyen venu, pour faire respecter ce droit. La loi détermine l'autorité à laquelle le conflit doit être soumis; elle prescrit comment il sera vidé, comment la décision rendue sera mise à exécution; en d'autres termes, elle institue et règle l'organisation judiciaire, ainsi que la procédure.

Ces deux objets ne rentrent pas dans le cadre de notre

cours; aussi nous abstiendrons-nous de les traiter avec les développements qu'ils comportent. Mais il s'y rencontre quelques notions, qui sont indispensables pour l'intelligence des droits réels et des obligations, et qui, par conséquent, ont naturellement leur place dans le présent titre. Toutefois, nous nous en tiendrons à ce qui est strictement nécessaire; et nous donnerons seulement une courte introduction historique, puis un exposé sommaire des actions, des exceptions, de l'instruction et du jugement.

§ 22.

Introduction historique.

Contrairement à l'usage suivi généralement aujourd'hui, la décision du procès n'était pas, primitivement, confiée tout entière à une seule juridiction; et il y avait, pour cela, plusieurs raisons : d'abord les magistrats, vu leur petit nombre, n'auraient pas suffi à juger complètement toutes les causes; puis, l'examen de ces causes exigeait souvent des connaissances spéciales que n'avaient point les magistrats; et il parut plus simple, comme plus logique, de ne soumettre à ceux-ci que la question de savoir si la demande était recevable, pour renvoyer la vérification des faits à des personnes possédant les dites connaissances. La procédure était donc scindée en deux parties :

I. La première, *jus*, se passait devant le magistrat qui avait, dans ses attributions, l'administration de la justice, savoir : sous la monarchie, le roi; sous la république, les consuls; ensuite, le préteur, les édiles, etc. Les parties exposaient la difficulté qui les divisait; le deman-

deur énonçait nettement sa prétention, et le défendeur y répondait. Le magistrat ne statuait au fond, que pour autant qu'une solution immédiate fût possible, par exemple lorsque le défendeur était en aveu. Sinon, il se bornait à rechercher si, en supposant établis les faits allégués par le demandeur, celui-ci était fondé à réclamer la protection de l'autorité.

En cas d'affirmative, il y avait d'abord à désigner le juge, lequel n'était pas un fonctionnaire, mais était choisi parmi les simples particuliers. Puis, le magistrat rédigeait la formule où il traçait, en termes précis, la mission du juge. Ap
cepter le jugeme
à témoin de cet
adressant les mot
testatio, donné à
dure *in jure*.

Outre la désig
gulièrement trois

1. La *demonst*
ont donné naissa
pour suivre la te
conclusion du de

2. L'*intentio*, l
tion, ou l'objet de

3. La *condemn*
selon le résultat
condemna; si non

Toutefois, dan
était remplacée p
la chose commune
priétaires, et d'att... à chacun le sien.

II. La seconde partie se passait devant le juge et s'appelait *judicium*. Là, le procès était de nouveau exposé et développé; les preuves étaient apportées et débattues; et, après que la cause avait été ainsi instruite et plaidée, le jugement était rendu.

Voilà quelle était la procédure ordinaire. Quelquefois, cependant, le magistrat se chargeait aussi de la vérification des faits, et réunissait le *jus* et le *judicium*. On disait alors qu'il agissait *extra ordinem*. Cela avait lieu, notamment, quand il se présentait une relation d'intérêt, non prévue encore dans la loi, et que le préteur avait d'abord à voir s'il la prendrait sous sa protection. Dans ce cas, en effet, les circonstances devaient avoir une influence notable sur sa décision, et le préteur pouvait trouver préférable de s'éclairer, par lui-même, sur toutes ces circonstances.

Sous l'empire, ce procédé fut plus suivi; et le motif principal du changement qui se produisit, c'est que l'appel devint plus fréquent; et qu'alors, les causes ayant déjà été traitées et discutées devant une première juridiction, le juge pouvait plus aisément connaître de l'affaire tout entière. C'est ce que fit l'empereur, lorsqu'il statuait sur l'appel; et lorsqu'il déléguait ce soin à un autre, celui-ci agit de même. Puis, on s'habitua à appliquer aussi ce procédé au jugement des causes en premier degré; ce qui était d'autant plus facile, que les fonctionnaires, investis de l'administration de la justice, étaient maintenant en nombre suffisant.

Il arriva ainsi que la procédure, dite extraordinaire, qui avait été exceptionnelle à l'origine, fut de jour en jour plus usitée, et finit même par devenir la règle. Dioclétien abrogea l'ancienne procédure ordinaire, et y sub-

stitua l'extraordinaire, en ordonnant au magistrat de vider, à lui seul, tout le procès qui lui était déféré; ou bien, en cas d'empêchement, de l'abandonner en entier au juge délégué. A partir de cet empereur, la distinction entre le *jus* et le *judicium* a disparu; la même autorité apprécie la recevabilité et le fondement de la demande, et résout toutes les questions que soulève le litige; sauf à recourir, au besoin, à une expertise.

EXPOSÉ SOMMAIRE :

§ 23.

Des actions.

Le mot *action* s'emploie dans deux sens : il désigne, soit la faculté de poursuivre en justice la reconnaissance d'un droit lésé, soit le moyen d'atteindre ce but.

D'après cela, l'action implique : l'existence d'un droit chez le demandeur, et la lésion de ce droit par le défendeur.

La division fondamentale des actions a pour base la nature du droit qu'elles sont destinées à protéger. Est-ce sur un droit d'obligation qu'elles se fondent, on les nomme *actiones in personam;* est-ce sur tout autre droit, elles sont dites *actiones in rem*. Ces qualifications viennent de ce que, dans l'*actio in personam*, l'*intentio* contient nécessairement le nom de la personne du défendeur, *tendit in personam;* ce qui ne se rencontre pas dans les autres.

§ 24.

Des moyens de défense.

La défense, opposée à l'action, est susceptible de présenter les deux variétés que voici :

Il se peut d'abord que le défendeur dénie tout ou partie des éléments qui servent de base à la demande. Il se borne alors à dire au demandeur : Vous prétendez que tel droit vous appartient et que ce droit est lésé par moi. Je méconnais l'un ou l'autre des deux points, ou tous deux à la fois. Ce système s'appelle *litis contestatio negativa.*

Il se peut aussi que, sans contester ces points, et même en les admettant comme vrais, le défendeur réponde par une circonstance, de droit ou de fait, qui aura pour effet de paralyser l'action. Par exemple, le débiteur poursuivi se prévaut de ce qu'il a un terme, ou de ce que la prescription est accomplie à son profit. Ce moyen porte le nom technique d' « exception ».

§ 25.

De l'instruction.

Une fois en présence, les parties ont naturellement à s'expliquer; elles exposent : l'une, sa demande; l'autre, son système de défense; et quand les prétentions respectives sont nettement déterminées, on dit qu'il y a procès engagé, *litis contestatio.* L'ancienne *litis contestatio* n'a pas pu survivre à la procédure ordinaire; mais le nom a été conservé, et appliqué à ce moment de l'instruction où,

comme il vient d'être dit, l'objet du litige se trouve parfaitement défini.

Vient alors la question de savoir à qui incombent les preuves à fournir. Cette question dépend essentiellement de l'attitude prise par le défendeur.

Il va sans dire que si celui-ci est en aveu, le demandeur n'a aucune justification à faire ; ou, si l'on préfère, l'aveu de l'adversaire tient lieu de justification : *Confessus pro judicato habetur*.

Lorsque le défendeur s'en tient à la *litis contestatio negativa*, il faut voir comment elle se produit. Le défendeur dénie-t-il que le demandeur ait jamais eu le droit invoqué, ou que lui, défendeur, lèse ce droit ; c'est au demandeur de prouver, dans l'un comme dans l'autre cas ; tel est le sens de l'adage *Actor probat actionem*, ou *Actori incumbit probatio*.

Mais s'il est reconnu ou établi que le demandeur a acquis le droit dont il s'agit, et que le défendeur soutienne que ce droit a été perdu par le demandeur, ce n'est plus sur ce dernier que tombe le fardeau de la preuve ; il est présumé avoir conservé le droit acquis, et l'allégation contraire doit être démontrée par le défendeur.

Enfin, lorsque le défendeur oppose une exception proprement dite, c'est également à lui d'en justifier : *Reus probat exceptionem*, ou *Reus excipiendo fit actor*.

Quant aux modes, admis par la loi, pour former la conviction du juge, ils sont assez nombreux. Les plus usuels sont les actes écrits, les dépositions de témoins, les présomptions. Le serment est aussi un moyen de preuve, et il en existe trois : décisoire, supplétoire et estimatoire. Le serment décisoire est celui que l'une des parties défère à l'autre, pour en faire dépendre la solution du litige ; celle

à laquelle il est offert, est tenue de le prêter, ou de le référer à l'autre ; sinon elle succombe. Le supplétoire et l'estimatoire sont déférés par le juge lui-même : le premier, quand la preuve fournie est incomplète ; le second, nommé aussi *jusjurandum in litem*, lorsque le défendeur est de mauvaise foi ou qu'il y a grande difficulté, si pas impossibilité, de recourir aux moyens ordinaires d'investigation.

§ 26.

Du jugement.

En général, le juge statuait lorsque sa conviction était formée. Pourtant, dans certaines actions, il n'était autorisé à condamner que conditionnellement, c'est-à-dire pour le cas où il n'amènerait pas le défendeur à s'exécuter volontairement : *nisi*, disait la formule au juge, *arbitratu tuo restituat*, *exhibeat*, *etc.* Ces actions existent encore dans la législation de Justinien, et avec la même particularité. On les appelle arbitraires.

Sous le régime formulaire, la condamnation n'était jamais que d'une somme d'argent ; de sorte que, quand la demande avait un autre but, la réalisation de celui-ci n'était assurée qu'indirectement. En droit nouveau, ce point a été changé, en ce sens que si l'action tend à la remise d'une chose individuellement déterminée, cette remise peut être obtenue par l'emploi de la force publique, *manu militari*.

Le jugement prononcé a un effet rétroactif au jour de la *litis contestatio*. Le demandeur ne doit pas souffrir du retard, résultant d'une résistance qui lui a été opposée à

tort. C'est pourquoi la loi veut qu'il soit mis, autant que possible, dans la situation que lui aurait faite un jugement rendu au moment de la *litis contestatio*.

Quant à l'exécution des condamnations, elle se poursuit par deux modes généraux, qui s'attaquent : l'un, à la personne; l'autre, aux biens. Le premier est la contrainte par corps ou l'emprisonnement du condamné; le second consiste dans la saisie de son patrimoine.

Détention:
J'ai la chose en main en reconnaissant qu'un autre est le véritable maître

Possession
J'ai la chose en main mais en voulant l'avoir pour moi seul.

La possession passe-t-elle aux héritiers? Jamais! Elle est vacante et l'héritier peut prendre possession.

TITRE SECOND.

DE LA POSSESSION.

CHAPITRE PREMIER.

INTRODUCTION HISTORIQUE.

§ 27.

La possession est la possibilité physique d'user d'une chose en maître, peu importe qu'on en ait ou qu'on n'en ait pas le droit; ce n'est qu'un fait, lequel peut être conforme, comme il peut être contraire au droit; et pourtant, dans l'un comme dans l'autre cas, il produit un effet légal : il y a des actions nommées possessoires, c'est-à-dire basées sur la possession, et destinées à la protéger. Comment expliquer cette dérogation à la règle, d'après

laquelle les droits seuls donnent lieu à une action en justice? Par une considération bien simple, tirée du principe qui sert de fondement à l'ordre social, savoir : qu'un état de choses étant établi, il ne nous est permis d'y porter atteinte qu'à deux conditions :

1° Que cet état soit contraire à notre droit;

2° Que nous recourions aux tribunaux, suivant les formes requises par la loi.

Si donc, de notre autorité privée, nous nous attaquons au *statu quo*, de deux choses l'une : ou nous avons un droit, ou nous n'en avons point. Dans ce dernier cas, notre agression est évidemment arbitraire, et, par conséquent, doit être réprimée. Dans le premier cas, ayant un droit, nous ne pouvions le faire valoir que conformément à la loi; agissant autrement, nous avons commis une irrégularité, au moins *pro formâ ;* et cette irrégularité doit également être réprimée. C'est au moyen des actions possessoires que la répression est poursuivie dans les deux cas; et ainsi se justifie théoriquement l'existence de ces actions.

Développements successifs des Interdits possessoires

§ 28.

Mais ce motif abstrait n'a pas guidé tout d'abord le législateur; et si nous trouvons de bonne heure les actions possessoires, ce n'est pas avec l'importance et l'étendue qu'elles ont dans le droit nouveau; il s'en fallait de beaucoup. Primitivement, leur domaine était restreint; il ne comprenait que l'*ager publicus;* et l'on conçoit aisément comment l'*ager publicus* amena la création des actions possessoires. La campagne de Rome se divisait en *ager privatus* et *ager publicus*. Le premier était susceptible

de propriété privée; les particuliers, auxquels il appartenait, jouissaient de la protection accordée au droit de propriété, et, ils avaient : la revendication, lorsqu'ils avaient perdu la possession; l'action négatoire, lorsqu'ils étaient simplement troublés dans l'exercice de leur droit. Les terres de l'*ager publicus,* au contraire, avaient pour propriétaire le peuple lui-même; à la vérité, elles étaient laissées à la disposition des particuliers qui les occupaient et les exploitaient; mais ceux-ci, n'étant pas propriétaires, n'avaient pas, le cas échéant, la revendication ni l'action négatoire. Allaient-ils cependant rester désarmés contre les agressions dont ils seraient l'objet?

Le préteur a pensé qu'il n'en devait pas être ainsi; il a estimé que l'occupant ou possesseur méritait quelques égards; il lui a donné, en cas de trouble, l'*interdictum retinendæ possessionis;* en cas de dépossession, l'*interdictum recuperandæ possessionis.*

Et, comme la dépossession pouvait avoir lieu de plusieurs manières, il a établi plusieurs espèces d'*interdicta recuperandæ possessionis :*

1. *Interdictum de vi,* lorsque l'occupant était, par violence, expulsé du fonds ou empêché d'y rentrer;

2. *Interdictum de clandestinâ possessione,* quand, profitant de son absence, un autre s'était installé en son lieu et place;

3. *Interdictum de precario,* quand la jouissance avait été cédée, mais révocable à la première demande du concédant, et que le concessionnaire refusait d'obtempérer à cette demande.

La possession des immeubles ne peut pas non plus être enlevée clandestinement. V. p 65 X
V p. 63 X

On accorde les actions possessoires au propriétaire de l'ager privatus.

§ 29.

Voilà, en substance, tout le système des actions possessoires! La possession de l'*ager publicus* était protégée, et elle était protégée comme possession; quand le demandeur intentait l'action possessoire, il se fondait sur sa qualité de possesseur, et il n'avait à prouver, dans son chef, que cette qualité. Mais alors, et tant que l'application de l'action possessoire se restreignit à l'*ager publicus*, il se produisit, entre celui-ci et l'*ager privatus*, une différence qui dut bientôt être considérée comme inadmissible. La possession de l'*ager privatus* n'était pas dépourvue de garantie; en ce sens que le propriétaire, troublé ou dépossédé, avait la ressource de l'action négatoire ou de la revendication; seulement, ces actions lui étaient attribuées à titre de propriétaire; et, par conséquent, ce qu'il devait prouver, en cas de contestation, c'était son droit de propriété. Or, la preuve du droit de propriété, ainsi que nous le verrons plus loin, est une preuve beaucoup plus compliquée que celle de la possession. Le possesseur de l'*ager publicus*, parce qu'il n'était que possesseur, avait donc un moyen facile; tandis que le possesseur de l'*ager privatus*, parce qu'il était en même temps propriétaire, avait un rôle plus difficile. Pourtant ce dernier était également possesseur; les agressions dont il était victime n'étaient pas moins arbitraires; de sorte que, dans des circonstances identiques, on était moins rigoureux pour celui qui n'avait que la possession, que pour celui qui réunissait la possession et la propriété. C'était là une inégalité, qu'il était impossible de maintenir. Les actions qui avaient été créées pour le possesseur de l'*ager publicus*, parce qu'il

n'était pas propriétaire, pouvait-on les refuser au possesseur de l'*ager privatus*, parce qu'il était propriétaire? Évidemment, non; on les accorda également à ce dernier.

On accorde les actions possessoires au possesseur de l'ager privatus

§ 30.

Cette première extension conduisit naturellement à une seconde, dans le même ordre d'idées. On venait d'étendre les actions possessoires à celui qui avait, à la fois, la possession et la propriété de l'*ager privatus*. Mais ces actions étaient attachées à la possession; elles conservaient la nature d'actions possessoires; le demandeur les intentait en qualité de possesseur; et il n'avait à établir, dans son chef, que cette qualité; ce n'est qu'à cette condition qu'il était traité aussi favorablement que le simple possesseur de l'*ager publicus*. Aussi ne tarda-t-on pas à considérer, dans l'espèce, la qualité de propriétaire comme entièrement indifférente; on en fit abstraction, ainsi que la logique le commandait; on n'envisagea, même pour l'*ager privatus*, que le possesseur; et on lui attribua, propriétaire ou non, le bénéfice des actions possessoires.

Puis, les mêmes considérations s'appliquant aux autres biens susceptibles de propriété privée, aussi bien qu'à l'*ager privatus*, on les soumit au même régime; on conféra également les actions possessoires au possesseur de ces biens. On y soumit même les objets mobiliers, au moins dans une certaine mesure. Si bien que, finalement, ces actions s'étendirent à toutes les choses corporelles qui sont *in commercio*. Toutefois, sous ce rapport, il est resté, jusque dans le droit nouveau, une trace de l'origine des interdits possessoires : c'est que le plus important n'est donné que pour les immeubles.

On accorde les actions possessoires au propriétaire bonitaire. p. 78-79 et suiv.

1 peregrin
2. fonds provincial
3. tradition d'une res mancipi

§ 31.

On avait ainsi étendu le domaine de la possession, autant qu'il était possible, au point de vue des objets qu'il peut comprendre. On ne s'en tint pas là; on l'étendit aussi, quant au caractère des agressions que l'action possessoire tend à réprimer; et, comme on va s'en convaincre à l'instant, cette nouvelle extension fut la conséquence de celles qui précèdent. En effet, aussi longtemps que l'action possessoire ne protégeait que l'*ager publicus*, les agressions, dont il était question, ne pouvaient être que des agressions purement arbitraires, puisque aucun particulier n'avait de droit sur l'*ager publicus;* et, pour ce motif, l'application de l'action possessoire était encore assez restreinte; mais, quand l'action eut été étendue à l'*ager privatus*, et aux autres choses susceptibles de propriété privée, il fut possible que l'atteinte portée à la possession émanât du propriétaire lui-même, et ne constituât une irrégularité que dans la forme. Cette atteinte fut également frappée. Le propriétaire avait enfreint le principe qui défend de se rendre justice à soi-même; comme sanction de ce principe, l'action fut donnée, avec succès, même contre le propriétaire.

Dès lors, le système de la possession se présente avec la portée générale qui lui est restée en droit nouveau, dans le double ordre d'idées qui vient d'être développé, savoir :

1. Quant à l'objet des actions possessoires;
2. Quant aux lésions qui leur donnent naissance; et ce système a alors sa justification complète dans le raisonnement théorique par lequel nous avons débuté ci-dessus.

CHAPITRE II.

NOTION ET ÉLÉMENTS ESSENTIELS.

§ 32.

Comparaison avec la propriété.

Pour faire connaître exactement la possession, nous allons d'abord la mettre en parallèle avec la propriété; puis, dans le paragraphe suivant, nous analyserons ses éléments essentiels.

La possession et la propriété ne sont pas sans offrir quelques analogies. Toutes deux ont pour objet des choses proprement dites. Puis, de même que le propriétaire a l'action négatoire, quand il est troublé dans l'exercice de son droit, et la revendication, quand il n'a pas la possession; de même le possesseur a les interdits, *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*, selon qu'il est simplement troublé ou dépossédé. En troisième lieu, elles impliquent, l'une et l'autre, le pouvoir d'user d'une chose en maître. Mais ce qui les distingue radicalement, c'est la nature même de ce pouvoir. La possession est le pouvoir *physique*; la propriété, le pouvoir *légal*. La première est la situation de fait qui consiste à être, matériellement, à même d'user de la chose en maître; la seconde est la relation juridique, à laquelle la loi attache cette possibilité. En d'autres termes, la possession est, *en fait*, ce que la propriété est *en droit*. Telle est la

différence caractéristique; et, de là, deux conséquences importantes :

1. L'une, à l'avantage de la propriété. C'est que la protection accordée à cette dernière est sensiblement plus considérable. La possession, n'étant qu'un fait, n'est protégée que contre celui qui vient se heurter à ce fait; la propriété, parce qu'elle est un droit, est garantie contre toute personne, qui met obstacle à l'exercice de ce droit. Spécialement, l'*interdictum recuperandæ possessionis* n'appartient au possesseur que contre la personne qui l'a dépossédé, et non pas contre le tiers, dans les mains duquel la chose a passé; tandis que la revendication compète au propriétaire contre tout détenteur, quel qu'il soit, par cela seul qu'il est détenteur.

2. La seconde, à l'avantage de la possession : c'est que la propriété, étant un droit, exige, pour son acquisition, des conditions de droit; et que la possession n'étant qu'un fait, n'exige que des conditions de fait; à telles enseignes qu'elle peut provenir d'un acte illicite, voire même d'un délit.

N'exagérons pas cependant, et gardons-nous de penser que la loi reste complètement étrangère aux conditions de la possession. La vérité est que ces conditions rentrent purement et simplement dans le domaine du fait; mais la loi intervient dans ce domaine. Elle accorde sa protection au fait; elle avait donc son mot à dire dans la détermination des conditions, auxquelles cette protection serait subordonnée; et c'est ce que nous aurons à constater plus d'une fois.

§ 33.

Éléments essentiels.

Nous trouvons une première intervention de la loi, dans la fixation des éléments constitutifs de la possession. L'aperçu sommaire, qui en a été donné jusqu'ici, a peut-être fait croire que la possibilité matérielle d'user d'une chose suffit pour constituer la possession. Ce serait une erreur; il faut, en outre, l'intention d'avoir la chose pour soi; et la possession exige la réunion de deux éléments de fait :

1° L'un, externe. C'est le pouvoir physique, qu'on nomme *corpus;*

2° L'autre, interne : la volonté d'avoir la chose pour soi-même, et non pour un autre, *animus rem sibi habendi*, ou, par abréviation, *animus*.

Par *corpus*, on entend la possibilité physique d'user de la chose, d'une manière absolue et exclusive. Le pouvoir doit donc être :

a. Absolu, en ce sens qu'il embrasse la chose tout entière, et que nous soyons à même d'en tirer tout le parti possible, d'en faire ce que bon nous semble;

b. Exclusif, c'est-à-dire tel que nous puissions empêcher toute autre personne d'en user. De là, il résulte qu'une chose ne peut pas être possédée par plusieurs, en même temps et pour le tout, *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*. Mais rien ne s'oppose à ce qu'ils la possèdent ensemble, *pro indiviso*.

Seulement, ces deux facultés physiques, que comprend le *corpus*, ne doivent pas nécessairement être exercées

toujours, et d'une manière permanente; il suffit qu'elles existent à l'état de possibilité, de façon que nous puissions les exercer, quand il nous plaît.

L'*animus*, c'est, comme nous l'avons dit, l'intention d'avoir la chose pour soi-même, *animus rem sibi habendi*, ou *animus domini*. Il suit de là, que celui qui détient une chose, non pour lui, mais pour un autre (par exemple, le locataire), n'a pas la possession; il a le *corpus* sans l'*animus;* il est détenteur, non possesseur; *tenet, non possidet;* il n'a pas les interdits possessoires.

D'après ce qui précède, la possession se définit donc dans les termes suivants : c'est la possibilité physique d'user d'une chose, d'une manière absolue et exclusive, avec l'intention de l'avoir pour soi; ou, pour tout résumer en deux mots : *corpus* et *animus;* rien de plus, rien de moins. Telle est la définition précise et complète, et les deux branches dans lesquelles elle se décompose. Reprenons-la, encore un instant, ainsi décomposée, pour en déterminer nettement la portée.

Première branche : il faut la réunion du *corpus* et de l'*animus;* pas davantage.

Il s'ensuit qu'il importe peu que la possession soit juste ou injuste, de bonne ou de mauvaise foi.

Elle est de bonne ou de mauvaise foi, selon qu'elle est ou qu'elle n'est pas accompagnée de la conviction qu'on est en même temps propriétaire. Cette conviction est tout à fait indifférente, au point de vue de l'effet nécessaire qui est attaché à la possession, savoir l'attribution des interdits possessoires.

Elle est injuste lorsqu'elle a commencé : soit violemment, *vi;* soit clandestinement, *clam;* soit par abus d'une concession précaire, *precario;* en d'autres termes, lors-

qu'elle procède de l'un des trois vices, qui donnent naissance aux interdits récupératoires. Elle est juste, lorsque son origine n'est entachée d'aucun de ces vices. Cette distinction n'a guère d'influence, non plus, sur les interdits possessoires. En général, ils appartiennent même au possesseur injuste. Il n'y a qu'un cas, où certain interdit perd son efficacité, à cause du caractère injuste de la possession du demandeur; nous le rencontrerons ci-après, au § 39.

Seconde branche : il ne faut pas moins que la réunion du *corpus* et de l'*animus*. Nous en avons conclu que ceux qui détiennent pour un autre n'ont pas la possession. Et à qui est la possession, dans cette hypothèse? A celui-là même, pour lequel ils détiennent; il a l'*animus*, directement et dans son chef; il a le *corpus* par l'intermédiaire et dans la personne de ses représentants; lui seul est possesseur, lui seul a les interdits possessoires.

Toutefois, à cette seconde branche de la règle, il existe quelques exceptions; il y a des détenteurs, auxquels les interdits sont ou peuvent être attribués. Le créancier gagiste, l'emphytéote et le superficiaire ont les interdits; le précariste les a également, sauf convention contraire; enfin, le séquestre ne les a pas de plein droit, mais il est permis de les lui accorder. Ces exceptions s'expliquent : la première, par le désir de ne pas laisser le créancier gagiste à la merci de son débiteur; les autres, par l'intérêt bien entendu du véritable possesseur, plus encore que du détenteur; intérêt résultant, surtout, de ce que les interdits possessoires sont donnés seulement contre ceux qui ont porté atteinte à la possession, et de ce que, par suite, il importe au plus haut point d'y recourir sans retard.

Quant à la portée de ces exceptions, elle consiste en ce que les *détenteurs* ont qualité pour agir judiciairement en leur propre nom; et, comme cette prérogative est l'attribut essentiel de la possession, on dit, pour abréger, qu'ils *possèdent*. Mais cette expression ne doit pas être prise à la lettre. En réalité, ils n'ont pas la possession, ils n'en ont que les interdits; et les autres avantages auxquels la possession peut conduire leur sont refusés. C'est ce qu'on exprime, en disant qu'ils ont seulement la *possessio ad interdicta*. D'un autre côté, cette possession est censée leur avoir été cédée par le possesseur véritable; et, pour cette raison, on l'appelle aussi dérivée ou transmise.

CHAPITRE III.

CONDITIONS REQUISES POUR L'ACQUISITION DE LA POSSESSION.

§ 34.

En général.

La loi ayant fait, de la possession, quelque chose d'analogue à un droit, les conditions de son acquisition se rapportent, comme pour les droits, aux trois points suivants : le sujet, l'objet et le mode d'acquérir proprement dit.

1° Quant au sujet. De ce que la possession implique *animus rem sibi habendi*, il résulte que, pour acquérir la

possession, il faut vouloir. Les personnes sans volonté, telles que les enfants, les fous, les personnes civiles, sont donc incapables d'acquérir la possession. Mais ce qui leur est impossible directement, elles le peuvent indirectement et par l'intermédiaire de leurs représentants : tuteurs, curateurs, syndics ou administrateurs.

A cette règle, qui dérive de la nature même de la possession, ajoutons-en une seconde, tirée des principes qui régissent la famille : c'est que les *alieni juris* ne peuvent acquérir la possession que pour leur *paterfamilias*.

2° Quant à l'objet. Nous avons vu, aux §§ 29 et suivants, comment le domaine de la possession a fini par comprendre toutes les choses proprement dites. Il faut cependant en retrancher les *res extra commercium*. En effet, lorsqu'un particulier use de ces choses, c'est ou bien conformément, ou bien contrairement à leur destination. Dans le premier cas, il n'en a pas la disposition absolue et exclusive ; donc il n'en est pas possesseur. Dans le second cas, il est possible qu'il soit possesseur ; mais alors c'est que, par un abus évident, il les a détournées de leur destination d'utilité publique, et il est naturel que la loi ne prête point son appui à pareil abus.

D'un autre côté, on ne s'est pas arrêté aux choses corporelles ; on a étendu la possession à certaines choses incorporelles. Voici comment on a été conduit à cette extension : en comparant la possession à la propriété, nous avons constaté que la possession est la possibilité physique d'user des attributs matériels, inhérents au droit de propriété. Or, à ce point de vue, les servitudes présentent, avec la propriété, cette analogie, qu'il se peut aussi que nous soyons à même de jouir des avantages qui y sont

attachés, abstraction faite de la question de savoir si nous en avons le droit. Le droit de servitude nous appartient, quand la loi nous reconnaît le pouvoir d'exercer les facultés qu'il implique; nous en avons la possession, quand nous exerçons, ou que nous sommes à même, physiquement, d'exercer ces facultés. C'est cette situation de fait, relative aux servitudes, qui a été admise au bénéfice des actions possessoires; et elle se nomme *quasi-possessio* ou *juris possessio*.

En résumé donc, les choses susceptibles d'être possédées sont :

Parmi les choses corporelles : toutes, sauf les *res extra commercium* ;

Parmi les choses incorporelles, les servitudes seulement.

3° Quant au mode d'acquisition, il consiste, d'après la notion même de la possession, en ce qui est nécessaire pour faire avoir le *corpus*, accompagné de l'*animus rem sibi habendi*. Ce mode comprend donc deux éléments : l'un, matériel ou externe; l'autre, intentionnel ou interne. Ce dernier n'offre aucune difficulté. Il en est de même de l'élément matériel, appelé *apprehensio*. Mais quoique l'*apprehensio* soit quelque chose d'extrêmement simple et qu'on entende, toujours par là, ce qu'il faut pour donner le *corpus*, c'est-à-dire la possibilité physique d'user en maître, son application peut cependant, d'après les circonstances, présenter des nuances d'une grande variété. A cet égard, on a ramené toutes les espèces possibles à trois hypothèses : selon que la chose est ou n'est pas actuellement possédée; et, dans le premier cas, selon que l'*apprehensio* a lieu, avec ou sans le consentement du possesseur. Examinons successivement ces

trois hypothèses, pour y appliquer la définition de l'*apprehensio*.

La première, et la moins compliquée, est celle dans laquelle le possesseur nous transmet son pouvoir (*traditio*). Que faudra-t-il pour que nous ayons le *corpus?* Bien peu de chose. S'agit-il d'un immeuble, il suffit, par exemple, qu'il nous montre cet immeuble et nous autorise à en user à sa place; si c'est une maison, qu'il nous en donne la clef. La loi n'en exige pas davantage; car le *tradens* avait la possession; il nous a mis à même de l'exercer; donc, il nous l'a transmise. S'agit-il d'objets mobiliers, il y aura *apprehensio,* quand le possesseur les aura, soit remis entre nos mains, soit placés devant nous de manière qu'il nous soit possible de les prendre, soit déposés dans un local dont nous avons la disposition exclusive. Ainsi encore, et ici il n'y a pas à distinguer entre meubles et immeubles, si le possesseur convient avec nous, qu'à partir de tel moment, il détiendra pour nous; par exemple, lorsqu'il nous vend une chose et la retient en location; il exerce pour nous le *corpus;* nous possédons par son intermédiaire. Ou bien nous détenions pour un tiers, et nous tombons d'accord avec lui pour détenir en notre propre nom; par exemple, la chose, qui nous avait été louée, nous est vendue ou donnée; dès ce moment, la simple détention, que nous avions, devient possession; il y a *traditio* et *apprehensio.* Ces deux dernières espèces où, de commun accord entre les intéressés, la possession proprement dite se change en simple détention, ou *vice versa,* sont connues sous les noms de *constitutum possessorium* et *traditio brevi manu.*

Deuxième hypothèse : La chose n'est possédée par personne. L'*apprehensio* n'a plus alors un caractère aussi

anodin; car il y a, non plus à recueillir le *corpus* transmis par un autre, mais à créer ce *corpus;* il nous faut assujettir la chose; et, pour que ce but soit atteint, la loi veut un acte extérieur qui établisse, d'une manière palpable, la soumission à notre pouvoir. C'est ainsi que nous n'aurons pas la possession d'un animal sauvage, dès l'instant où nous l'aurons blessé, même mortellement; il faudra que nous l'ayons pris, mort ou vif.

Troisième hypothèse : La chose est possédée, et il s'agit d'en acquérir la possession sans le consentement du possesseur actuel. Dans ce cas, l'appréhension doit s'accentuer d'une façon encore plus énergique. En effet, en vertu de la règle *Plures eamdem rem in solidum, etc.*, nous n'aurons acquis la possession, que pour autant que nous l'ayons fait perdre au possesseur actuel; et pour cela il ne suffira pas que nous ayons le *corpus* et l'*animus domini;* il faudra, de plus :

1° Que cet *animus* se soit manifesté extérieurement; parce qu'il est de principe que tout, ce qui est purement interne, reste absolument inefficace dans le domaine juridique;

2° Que cette manifestation extérieure ne laisse place à aucune équivoque; parce qu'il est également de principe que, quand un état de choses est établi, et qu'il se produit un fait susceptible d'une double interprétation, l'une contraire, l'autre favorable à cet état, c'est l'interprétation, maintenant le *statu quo*, qui l'emporte. S'il y a doute, nous n'aurons donc que la détention, et le tiers continuera à posséder. Pour que nous ayons la possession, l'acte qui nous met à même d'user de la chose en maître doit impliquer, pour le tiers, et d'une manière indubitable, l'impossibilité d'exercer encore le *corpus*. C'est ce qui

aura lieu : pour un objet mobilier, quand nous l'aurons soustrait, *contrectatio*; pour un immeuble, quand nous en aurons expulsé le possesseur ou que nous l'aurons empêché d'y rentrer, *dejectio*.

Tels sont les deux éléments constitutifs du mode d'acquisition : *animus rem sibi habendi* et *apprehensio*. Lorsqu'ils concourent, dans les conditions qui viennent d'être expliquées, la possession nous est acquise. Mais il n'est pas nécessaire qu'ils prennent naissance en même temps. Ainsi, l'un des deux existe seul, par exemple le *corpus*; et, tant qu'il se maintient, l'autre vient s'y joindre; nous possédons. C'est à ce cas que s'applique l'adage *Solo animo possessio acquiritur*. Encore n'est-il pas vrai d'une manière absolue. Car si nous avons commencé à détenir pour un autre, qui possède par notre intermédiaire, nous n'acquérons pas la possession, par cela seul que nous voulons détenir pour nous, *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Nous venons d'en dire le motif; il y a alors une situation parfaitement établie et nettement caractérisée : Vous êtes possesseur, je ne fais que détenir pour vous. Un simple changement d'intention, dans mon chef, ne portera aucune atteinte à cette situation. Pour que la possession cesse d'être à vous et me soit acquise, il faudra : ou bien, que nous tombions d'accord, et la possession m'est alors transmise par tradition, ou bien, à défaut de votre assentiment, qu'il intervienne ce que la loi exige pour qu'un possesseur soit dépouillé malgré lui, c'est-à-dire *contrectatio* ou *dejectio*.

§ 35.

Spécialement, de l'acquisition par représentants.

Primitivement, il n'était pas possible d'acquérir la possession, par le fait d'une autre personne. Mais, comme l'*alieni juris* est censé se confondre avec le *paterfamilias,* auquel il est soumis, ce principe a été appliqué à la possession; et, par suite, celle-ci a pu être acquise au *paterfamilias,* par l'intermédiaire de ceux qui sont sous sa puissance. D'un autre côté, le bénéfice de la possession ayant été attribué aux personnes dépourvues de volonté, il fallut bien reconnaître la possibilité, pour elles, d'acquérir par leurs représentants. Puis, ces deux dérogations à la règle primitive une fois entrées dans la pratique, on ne tarda pas à remarquer qu'il y aurait avantage à les étendre; on s'aperçut que ce qui était nécessaire, dans les deux hypothèses énoncées ci-dessus, serait éminemment utile toutes les fois que, pour un motif quelconque, celui qui aurait à prendre possession serait empêché d'agir par lui-même. Aussi la règle originaire fut-elle abandonnée, et il fut permis, non seulement d'exercer, mais encore d'acquérir la possession, par l'intermédiaire d'un tiers, *per liberam aut extraneam personam.*

Les conditions requises pour que nous devenions ainsi possesseur, par le fait d'un tiers, sont les suivantes :

1° Que nous voulions avoir la possession, *animus.* Cette volonté doit exister lors de l'*apprehensio;* mais il n'est pas nécessaire que nous connaissions le moment précis où celle-ci s'effectue. C'est cette règle qu'on exprime par l'adage *Ignoranti possessio non acquiritur;* et, par la

force des choses, elle souffre exception pour les personnes qui n'ont pas de volonté;

2° Qu'il existe, entre le tiers et nous, un rapport légal, tel que ce tiers soit notre instrument quant à la possession dont il s'agit; peu importe qu'il soit soumis à notre puissance, ou qu'il nous représente, soit en vertu de la loi même, soit en vertu d'un mandat conventionnel;

3° Que le tiers fasse *apprehensio*; et qu'en cela il agisse comme notre intermédiaire, par conséquent avec l'intention d'acquérir pour nous. Toutefois, dans le cas de tradition, cette intention n'est pas indispensable; et s'il y a divergence entre le *tradens* et le tiers, il suffit, pour que la possession nous soit acquise, que telle soit la volonté du *tradens*.

CHAPITRE IV.

COMMENT LA POSSESSION SE PERD.

§ 36.

En général.

La possession, exigeant la réunion des deux éléments *corpus* et *animus*, dure autant que cette réunion se maintient. Elle se perd, dès que l'un de ces éléments ou, à plus forte raison, lorsque tous deux viennent à disparaître : *corpore*, *animo*, ou à la fois *corpore et animo*. Cette règle est presque triviale. Cependant, pour ne pas s'y méprendre, il convient de rappeler que *corpus* signifie, non pas

nécessairement le fait actuel de disposer, mais seulement la possibilité de disposer à notre gré; d'où il suit que nous n'aurons perdu le *corpus*, que quand cette possibilité aura cessé. De même, quand nous avons acquis la possession, nous n'avons pas besoin, pour la conserver, d'affirmer à nouveau l'*animus domini;* cette intention est présumée perdurer; et il en est ainsi, tant que nous n'avons pas manifesté l'intention contraire. En d'autres termes, la possession, une fois acquise, constitue une situation permanente, dont le bénéfice persiste au profit du possesseur, sans qu'aucun fait ou aucune expression de volonté soit encore nécessaire de la part de ce dernier; et pour que cette situation soit renversée, il faut, ou un fait, ou une volonté contraire.

Cela posé, nous perdons la possession :

1. *Corpore et animo*, dans les cas de destruction volontaire, d'abandon et de tradition.

2. *Animo*, quand nous renonçons purement et simplement à posséder.

3. *Corpore*, quand il y a impossibilité pour nous d'user encore de la chose, ce qui a lieu :

a. Quand nous venons à mourir. L'héritier n'a pas de plein droit la possession; la fiction, d'après laquelle il continue la personne de son auteur, n'embrasse que les droits; elle n'a pas été étendue au fait de la possession.

b. Lorsque la chose est perdue, périt ou est mise hors du commerce.

c. Enfin, lorsqu'elle passe au pouvoir d'un autre, de telle manière qu'il nous soit impossible d'en disposer encore désormais. Dans ce dernier cas, ce qu'il faut pour que nous perdions la possession, c'est précisément ce qu'il

faut pour que le tiers l'acquière; par conséquent, nous n'avons qu'à renvoyer à l'hypothèse exposée au § 34, où il s'agit d'acquérir la possession, malgré le possesseur actuel.

Le principe qui régit cette hypothèse est général, et les raisons qui le justifient s'appliquent à toutes choses, aussi bien aux meubles qu'aux immeubles. Cependant il y a, entre les deux espèces de choses, cette différence que, les meubles étant susceptibles d'être déplacés, il se peut que leur déplacement suffise pour nous mettre dans l'impossibilité d'en tirer encore parti, et, partant, pour nous en faire perdre la possession; tandis que les immeubles ne peuvent pas être soustraits à notre vue; nous savons toujours où les trouver; si donc un tiers s'y est installé, pendant notre absence, et que nous nous présentions pour y rentrer, de deux choses l'une : le tiers se retire ou il nous résiste. S'il se retire, nous n'avons jamais perdu la possession; s'il résiste et nous repousse, nous perdons la possession, non pas du jour où il s'était installé, mais à partir du moment où nous avons été écartés par cette résistance violente; pourquoi? Parce que c'est seulement alors que le fait du tiers implique, d'une manière certaine, notre exclusion. Nous avons été dépouillés *vi*, et non pas *clam*. C'est ainsi qu'il a été admis, et telle est la disposition du droit nouveau, que la possession des immeubles ne peut pas nous être enlevée clandestinement.

§ 37.

Spécialement, quand la possession est exercée par représentants.

La particularité qui distingue cette espèce, c'est qu'au lieu d'être réunis dans la même personne, les deux éléments constitutifs de la possession se trouvent séparés : le représentant a le *corpus*, l'*animus* est chez le représenté. Mais cette particularité ne change rien aux règles développées dans le paragraphe qui précède, et n'empêche pas que la perte de la possession ait lieu *corpore* ou *animo*, dans le sens qui a été donné à ces termes.

Il suit de là que nous ne perdons pas la possession, par l'unique fait que notre représentant vient à mourir, ou tombe en démence, ou bien abandonne la chose purement et simplement. Jusque-là, en effet, il n'y a ni volonté, chez nous, de ne plus avoir la chose, ni impossibilité que nous en disposions désormais. De même encore, si son intention change et qu'il veuille détenir pour lui-même, *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Il en sera autrement si notre représentant est dépouillé (*contrectatio, dejectio*) ou s'il fait tradition à un tiers. Cette solution n'est unanimement admise que pour le premier cas; il y a controverse sur le second. Mais, à notre avis, dans l'un comme dans l'autre, on rencontre toutes les conditions requises pour que le tiers ait acquis, malgré nous, la possession (voir le paragraphe qui précède); et, par conséquent, dans l'un comme dans l'autre, il faut admettre que nous l'avons perdue.

CHAPITRE V.

DES ACTIONS POSSESSOIRES.

§ 38.

Observations préliminaires.

On appelle actions possessoires, celles qui ont pour base le fait de la possession, et qui servent à le protéger. On y oppose, sous le nom de *pétitoires*, celles qui sont destinées à faire valoir un droit. Ainsi définies, les actions possessoires comprennent les deux espèces qui ont été signalées jusqu'ici : *interdicta retinendæ, interdicta recuperandæ possessionis ;* mais il n'est pas permis d'y ranger, comme troisième espèce, les *interdicta adipiscendæ possessionis;* puisque ce qui caractérise les actions possessoires, c'est qu'elles se fondent sur la possession, et ont pour but de la protéger : double condition qui manque aux *interdicta adipiscendæ possessionis.*

Dans l'ancien droit, il y avait deux *interdicta retinendæ possessionis :* l'un pour les meubles, *utrubi;* l'autre pour les immeubles, *uti possidetis*. Et l'*interdictum utrubi* présentait cette particularité, que si le demandeur et le défendeur avaient successivement possédé le meuble litigieux, on donnait gain de cause à celui qui avait possédé pendant la plus grande partie de l'année qui avait précédé le procès ; de telle sorte que l'*interdictum utrubi* pouvait ainsi devenir, en réalité, *interdictum recuperandæ possessionis*. Dans la législation de Justinien, cette particu-

larité a disparu; et il n'existe plus qu'un seul interdit *retinendæ possessionis*, pour les meubles comme pour les immeubles.

Quant aux interdits récupératoires qui, à l'origine, étaient au nombre de trois, il en est un également qui ne se rencontre plus dans le droit nouveau : c'est l'interdit *de clandestinâ possessione*. En effet, cet interdit ne s'appliquait qu'aux immeubles; et nous avons vu, au § 36, proclamer le principe que la possession des immeubles ne peut pas être enlevée clandestinement. Du jour où ce point fut admis, l'interdit *de clandestinâ possessione* n'avait plus de raison d'être; il n'en est plus question, et nous n'aurons à traiter que des deux autres *interdicta recuperandæ possessionis : de vi*, et *de precario*.

§ 39.

Interdictum retinendæ possessionis.

Cet interdit est celui que la loi donne au possesseur lésé, mais non dépossédé; en d'autres termes, à celui qui est simplement troublé dans sa possession.

Possession dans le chef du demandeur; trouble y apporté par le défendeur, sans aller jusqu'à déposséder le demandeur; voilà les deux points qui servent de base à l'interdit. Mais de même que la possession n'existe pas sans la réunion du *corpus* et de l'*animus*, de même un fait matériel ne donne ouverture à l'interdit, qu'à la condition qu'il soit inspiré par une prétention contraire à la possession du demandeur. Sinon, la possession ne serait pas réellement lésée, et le but principal de l'interdit ferait défaut.

Après avoir ainsi déterminé les éléments, sur lesquels se fonde l'interdit, nous allons résoudre aisément les diverses questions qu'il soulève :

1. A qui appartient l'interdit? Au possesseur troublé, dans le sens qui vient d'être expliqué.

2. Contre qui? Contre l'auteur du trouble.

3. Quelle est la preuve qui incombe au demandeur? Conformément aux principes généraux, il devra, en cas de contestation, prouver les deux points qui forment la base de la demande : l'existence de la possession dans son chef, et le trouble y apporté par le défendeur.

4. Quel est le but que poursuit le demandeur? Son but principal, c'est qu'il soit reconnu possesseur; et, qu'en conséquence, défense soit faite, à l'adversaire, de le troubler encore à l'avenir. Pour assurer l'efficacité de cette défense, *ne amplius turbetur*, le juge a la faculté d'obliger le défendeur à fournir caution. De plus, si le trouble dont le demandeur se plaint lui a causé un préjudice, il est autorisé à en réclamer la réparation.

5. Quels sont les moyens de défense qui peuvent être opposés à l'interdit? Ces moyens sont d'abord ceux que comporte toute action; par exemple, la *litis contestatio negativa*, la *præscriptio temporalis, etc.* Mais ce qui est propre à l'interdit *retinendæ possessionis*, c'est qu'au lieu de se borner à nier la possession alléguée par le demandeur, le défendeur pourra, le cas échéant, prétendre qu'il est lui-même possesseur, et, en réponse à cet interdit, conclure, comme s'il était demandeur, dans un interdit qui serait également *retinendæ possessionis*. En réalité, deux actions sont alors en présence; celui qui est défendeur dans la première, devient demandeur dans la seconde, et *vice versa;* et ces deux actions sont réunies dans une

seule et même procédure, *judicium duplex*. Il suit de là que si la prétention du défendeur primitif est fondée, l'adversaire ne verra pas seulement rejeter sa demande, mais subira lui-même les condamnations, auxquelles l'interdit peut donner lieu.

Il y a plus : il existe même un cas, où il est permis au défendeur de demander que la possession lui soit restituée. Ce cas est celui où la possession du demandeur est entachée d'un vice, *injusta*, et où ce vice existe précisément à l'égard du défendeur. Vous m'avez dépossédé *vi, clam aut precario*, et voici que je vous trouble dans cette possession; vous êtes dans les conditions requises pour intenter l'interdit *retinendæ possessionis*. Mais comme la possession, sur laquelle vous vous appuyez, est vicieuse à mon égard, la loi m'autorise à me prévaloir immédiatement de cette circonstance, *exceptio quod vi, clam vel precario*, et à conclure, dans la même instance, à ce que vous soyez condamné à me restituer la possession. C'est en ce sens et dans cette mesure qu'il importe que la possession ne soit pas injuste, ainsi qu'il a été annoncé au § 33.

§ 40.

Interdicta recuperandæ possessionis.

I. *Interdictum de vi*. Il y a lieu à cet interdit lorsque la possession a été enlevée par violence. La violence est de deux espèces : physique ou morale, suivant qu'elle consiste en voies de fait ou en menaces.

Mais l'interdit ne s'applique qu'aux immeubles. Il avait été créé pour les terres de l'*ager publicus*; il fut étendu

à tout objet immobilier; et l'extension n'alla pas plus loin. Il résulta de là une lacune dans la théorie de la possession, lacune qui fut comblée par une constitution de l'empereur Valentinien III. Aux termes de cette constitution, celui qui s'empare violemment d'une chose, mobilière ou immobilière, est d'abord obligé de la rendre; de plus, à la différence de ce qui se passe dans l'interdit, il est frappé d'une peine dont le taux est la valeur même de la chose; de manière que, s'il était propriétaire, il est déchu de son droit; et que, s'il n'était pas propriétaire, il est tenu de payer l'estimation de la chose.

En quoi l'interdit porte-t-il atteinte à la propriété ?

— A qui appartient l'*interdictum de vi?* A celui qui a été dépossédé violemment d'un immeuble; et sa demande a pour base ces deux circonstances : qu'il avait la possession de l'immeuble, et qu'il l'a perdue par suite de violence.

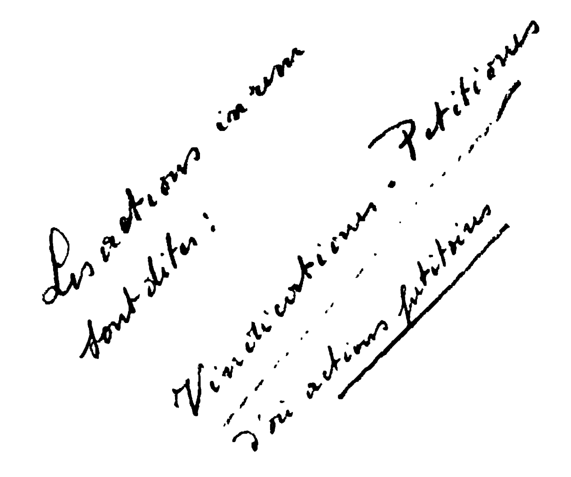
— Contre qui? Contre l'auteur de la violence; contre quiconque y a participé, peu importe à quel titre, soit comme auteur principal, soit comme complice. Mais il n'est pas donné contre toute autre personne, à laquelle la possession de l'immeuble aurait passé. La possession, ne l'oublions pas, n'est qu'un état de fait et n'est protégée, comme telle, que contre les atteintes de fait qui y sont portées. Or, qui s'est attaqué à la possession du demandeur? Celui-là seul qui la lui a enlevée.

— Quant au but que poursuit le demandeur, il consiste dans la restitution de l'immeuble, avec ses accessoires, et dans la réparation du préjudice éprouvé. Telle est la condamnation qu'il obtiendra, s'il a gain de cause.

II. *Interdictum de precario*. On entend par *precarium* toute concession gratuite, et révocable au gré du concé-

dant. Pareille concession pouvait avoir pour objet toute espèce de choses. Mais la jouissance ainsi concédée devait cesser à la première demande du concédant; et si le concessionnaire s'y refusait, le concédant avait, pour le contraindre, l'*interdictum de precario*.

Cet interdit était donc donné au concédant contre le concessionnaire, et il avait le même but que l'*interdictum de vi*.



LIVRE PREMIER.

DES DROITS RÉELS.

---

§ 41.

Observations générales.

Les droits réels ont été définis ci-dessus, au § 2.

Parmi ces droits, le plus considérable est le droit de propriété. Il nous autorise à user, jouir et disposer de la chose qui en est l'objet, comme bon nous semble et à l'exclusion de toute autre personne. Le propriétaire a donc la faculté d'aliéner soit en tout, soit en partie. Or, l'aliénation partielle consiste, non seulement à transmettre une part indivise, mais encore à détacher, de la propriété, l'un

ou l'autre de ses attributs, pour l'ériger en droit distinct. C'est ainsi qu'ont été créés :

1. Les servitudes;
2. L'emphytéose;
3. La superficie;
4. Le gage et l'hypothèque.

Tels sont les divers droits réels. Les quatre, qui viennent d'être énumérés, sont des démembrements de la propriété; ils existent sur une chose qui appartient à une autre personne; de là, le nom qu'on applique à tous : *jura in re alienâ* ou, par abréviation, *jura in re*. Le droit de propriété s'appelle *dominium;* et comme il embrasse la chose tout entière, il s'identifie en quelque sorte avec elle; ce qui fait qu'il est rangé lui-même dans la catégorie des choses corporelles.

Les cinq titres, qui composent le présent livre, sont consacrés : le premier, à la propriété; les autres, aux quatre espèces de *jura in re*.

TITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

INTRODUCTION HISTORIQUE.

§ 42.

État de la législation à l'origine.

L'histoire de la propriété fournit un exemple intéressant de la lutte, qui a été esquissée au § 5, entre le *jus civile* et le *jus gentium*. Pour bien nous rendre compte de cette lutte, commençons par en établir, d'une manière précise, le point de départ.

Originairement, il n'y avait, à proprement parler, qu'une seule propriété : celle du *jus civile*, la propriété civile ou quiritaire. Celle du *jus gentium*, la propriété naturelle ou bonitaire, ne jouissait d'aucune garantie; légalement, elle équivalait à zéro. La propriété civile était protégée; elle trouvait, notamment dans la revendication, la sanction la plus efficace qu'il soit possible à la loi de consacrer; mais son existence était subordonnée à diverses

X res mancipi : fonds italiques — servitudes rurales — esclaves — bêtes de somme et de trait.
res nec mancipi : toutes les autres

conditions rigoureuses, relatives au sujet du droit, à l'objet et au mode d'acquisition.

I. Quant au sujet, il devait avoir le *commercium;* le pérégrin était incapable d'acquérir la propriété civile.

II. Quant à l'objet, les fonds italiques étaient susceptibles de propriété civile; les fonds provinciaux étaient censés appartenir au peuple romain lui-même; et, partant, les détenteurs, n'en étant pas propriétaires, n'avaient pas la revendication.

III. Quant au mode d'acquisition, on distinguait entre les *res mancipi* et les *res nec mancipi*. Pour les *res mancipi*, la transmission de la propriété exigeait l'emploi d'un mode du *jus civile;* pour les autres, il suffisait d'un mode du *jus gentium;* par exemple, la tradition.

Il est probable qu'il fut un temps où, comme l'indique leur nom même, les *res nec mancipi* n'étaient pas l'objet d'une véritable propriété. Mais, à l'époque où nous commençons à être renseignés sur l'état de la législation, elles sont susceptibles de propriété civile. Elles ne diffèrent, à cet égard, des *res mancipi* que par rapport au mode d'acquisition; en ce sens que, pour ces dernières et pour elles seules, il est nécessaire de recourir à l'un des modes du *jus civile*.

Parmi ces modes, on rencontrait principalement la *mancipatio*, l'*in jure cessio* et l'*usucapio*. La *mancipatio* était l'échange matériel d'une chose, contre une somme d'argent. Elle s'effectuait primitivement devant le peuple assemblé; l'une des parties donnait la chose; l'autre donnait le prix, qui était pesé au moyen d'une balance; de là, le nom de *mancipatio per æs et libram*. Plus tard, ces formalités se modifièrent; l'usage de peser l'argent avait cessé, et cependant on continua à faire figurer la balance;

mais le prix fut remplacé par un lingot d'airain, puis par une petite pièce de monnaie; le peuple lui-même fut représenté dans l'opération par cinq témoins, *testes classici*, auxquels un sixième était adjoint pour tenir la balance, *libripens*.

L'*in jure cessio* était un procès fictif. Les deux parties, qui étaient d'accord pour le transfert de la propriété, comparaissaient devant le préteur, *in jure*. Celle qui voulait acquérir affirmait être propriétaire et revendiquait; l'autre ne contestait pas, *confitebatur;* et, par application de la règle *Confessus pro judicato habetur*, le magistrat déclarait le demandeur propriétaire.

L'*usucapio* était l'acquisition de la propriété au moyen d'une possession, ayant une *justa causa* et continuée, durant deux ans pour les fonds de terre, un an pour toute autre chose.

Voilà quelles étaient les conditions, dont la réunion était indispensable pour l'acquisition de la propriété civile ou quiritaire. Sans cette réunion, l'acquéreur n'avait que la propriété naturelle ou bonitaire, laquelle, nous l'avons déjà dit, était, à l'origine, dépourvue de toute valeur légale.

§ 43.

Développement de la propriété naturelle.

Mais cet état de choses ne s'est pas maintenu. La propriété bonitaire devint quelque chose; elle obtint une garantie; et cette garantie alla toujours croissant; si bien qu'en dernière analyse, elle finit par être égale à celle qui couvrait la propriété quiritaire. C'est ce développe-

ment graduel, et successif, que nous allons suivre en prenant, l'une après l'autre, les trois causes d'où peut provenir la propriété bonitaire.

I. Cause inhérente au sujet. Que valait la propriété naturelle du pérégrin? Aux yeux du *jus civile,* elle n'avait absolument aucune valeur; elle consistait, purement et simplement, dans l'état de fait, appelé possession. Mais, dès qu'il y eut des actions possessoires, le bénéfice ne tarda pas à en être étendu aux pérégrins. Elles avaient été créées pour les exploitants de l'*ager publicus,* parce qu'ils n'étaient pas propriétaires; les pérégrins étaient précisément dans le même cas; on leur accorda également les actions possessoires.

Le préteur ne s'en tint pas là. Il alla même jusqu'à donner aux pérégrins une *actio in rem* analogue à la revendication. Il recourut, pour cela, à un procédé qui lui était familier, c'est-à-dire à une fiction. Il traita le pérégrin, à peu près comme s'il était citoyen et lui attribua à peu près la même action. Ce n'était pas la revendication; celle-ci était toujours l'apanage exclusif de la propriété civile; mais c'était une *actio in rem* qui avait la même efficacité.

Lorsqu'on en fut arrivé à ce point, la première cause, d'où procédait la propriété bonitaire, avait perdu toute importance réelle. D'ailleurs, ainsi que nous l'avons vu au § 5, entre les citoyens et les pérégrins, on avait créé les latins, qui avaient le *commercium.* Puis Caracalla conféra le droit de cité à tous ses sujets libres; de sorte qu'après cela, il n'y eut plus, dans l'empire, que très peu de pérégrins.

II. Cause inhérente à l'objet. Le particulier, auquel un fonds provincial avait été transmis, n'en acquérait pas la

propriété civile; nous avons dit pourquoi. Pour le *jus civile*, le pouvoir, conféré à ce particulier, avait identiquement la même nature que celui qui a été caractérisé ci-dessus dans le chef du pérégrin ; il consistait uniquement dans la possession. Aussi a-t-il été soumis au même régime; les actions possessoires ont été également appliquées aux fonds provinciaux, parce qu'ils étaient également non susceptibles de propriété privée. De même, la propriété naturelle des fonds provinciaux fut protégée aussi par une action analogue à la revendication ; le préteur usa d'une fiction, comme pour les pérégrins; et il accorda, non pas la revendication, mais une *actio in rem* qui menait au même résultat.

Ajoutons que le nombre des fonds provinciaux avait toujours été en augmentant, au fur et à mesure que s'étendaient les conquêtes, tandis que celui des fonds italiques n'avait guère changé; d'où il était résulté que, comparativement aux fonds provinciaux, les dispositions légales, qui régissaient les fonds italiques, n'avaient qu'un domaine pour ainsi dire insignifiant.

III. Cause inhérente au mode d'acquisition. Constatons d'abord que cette cause se présente principalement lorsqu'il y a eu simple tradition d'une *res mancipi*.

Rappelons aussi qu'à l'origine, la propriété bonitaire n'avait légalement aucune valeur; et que, dès lors, la situation faite, à l'*accipiens*, par la tradition d'une *res mancipi*, était la suivante : il avait la chose *in bonis*, il en usait, et, s'il continuait à la posséder, il en devenait propriétaire quiritaire par usucapion. Mais jusque-là, il n'était que bonitaire; le *tradens* n'avait pas perdu son droit; à lui, rien qu'à lui, la propriété quiritaire et la revendication. Seulement, cette action qui lui appartient, le

quiritaire osera-t-il l'intenter? C'est peu probable, car il a promis la chose pour toujours à l'*accipiens;* et vraisemblablement il tiendra cette promesse. Un jour, pourtant, voici qu'un propriétaire quiritaire, moins délicat, veut exercer son droit dans toute sa rigueur; il revendique. Que fait alors le préteur? Interprète de la conscience publique, il donne au bonitaire l'*exceptio doli*. La revendication est ainsi tenue en échec; et comme l'*exceptio doli* se fonde sur l'obligation, qui incombe au demandeur, de laisser la chose au bonitaire, il s'ensuit qu'elle est opposable, non seulement au *tradens* lui-même, mais encore à son successeur universel. Pour la même raison, elle échappe au bonitaire qui se trouve en présence d'un successeur particulier. Celui-ci a qualité pour revendiquer; et, n'étant point tenu des obligations de son auteur, il ne pourra être écarté par l'*exceptio doli*. Cependant serait-il équitable qu'il triomphât dans son action? Le préteur ne l'a pas pensé; il est donc, de nouveau, venu en aide au bonitaire; et, pour paralyser la revendication dans cette hypothèse, il a créé l'*exceptio rei venditæ et traditæ*.

Armé de ces deux exceptions, le bonitaire est à l'abri de toute revendication, de quelque personne qu'elle vienne; il résistera à tout quiritaire, quel qu'il soit; et, tant qu'il conservera la possession, il a tout ce qu'il faut pour la défendre contre n'importe qui. Mais il se peut qu'il vienne à perdre la possession; alors une exception ne lui suffit plus; saura-t-il recouvrer la possession? Les seules actions qu'il puisse avoir à cette fin sont les interdits *recuperandæ possessionis*. Or, ces interdits ne sont pas d'une efficacité parfaite : ils ne sont donnés que contre l'auteur de la dépossession; les principaux s'appliquent exclusivement aux immeubles; et, par suite, la protection,

dont jouit le bonitaire, présente une lacune importante. Cette lacune va être comblée; et, ici encore, c'est un préteur (*Publicius*) qui intervient. Il considère fictivement, comme accomplie, l'usucapion commencée par le bonitaire; et il donne à celui-ci une action, analogue à la revendication que l'usucapion lui aurait conférée. Cette action s'appelle publicienne, du nom de son auteur; et la fiction, qui y sert de base, se justifie assez aisément. Car, légalement parlant, personne ne pouvait empêcher le bonitaire de posséder jusqu'à l'expiration du délai requis pour l'usucapion. L'unique moyen fourni par la loi à cet effet, c'est la revendication; et quelles sont les personnes qui ont qualité pour l'intenter? Le *tradens;* puis, son successeur soit universel, soit particulier. Or, nous venons de le voir, contre ces trois demandeurs, les seuls possibles, le bonitaire a l'*exceptio doli* ou l'*exceptio rei venditæ et traditæ.* S'il en est ainsi, l'usucapion ne rencontrait aucun obstacle dans le domaine légal; et, par conséquent, la fiction admise par *Publicius* n'a rien d'arbitraire.

Telle est l'origine de la Publicienne, action qui a, pour le bonitaire, la même portée que la revendication. Grâce à elle, la propriété naturelle équivaut désormais à la propriété civile. Bien plus, en cas de conflit, c'est la première qui l'emporte : la revendication du quiritaire tombe devant l'*exceptio doli* ou l'*exceptio rei venditæ et traditæ;* et si, par hasard, la chose, dont le bonitaire a perdu la possession, passe aux mains du quiritaire, l'action publicienne est donnée avec succès, même contre ce dernier; l'*exceptio dominii,* qu'il tenterait d'y opposer, serait repoussée péremptoirement par une *replicatio doli,* ou *rei venditæ et traditæ.* C'est donc à juste titre que le droit du quiritaire a été qualifié *nudum jus quiritium.*

§ 44.

Droit nouveau.

Réformes de Justinien.

A l'avènement de Justinien, ce qui reste de l'ancien antagonisme entre le *jus civile* et le *jus gentium* se réduit à bien peu de chose. 1) D'une part, la différence entre les citoyens et les pérégrins, 2) aussi bien qu'entre les fonds italiques et provinciaux, n'est plus que nominale ; et même l'occasion d'appliquer cette différence est devenue assez rare. 3) D'autre part, le pouvoir conféré par la tradition d'une *res mancipi* est protégé de la manière la plus efficace; et la même protection a été étendue aux autres cas, où la propriété quiritaire est rendue impossible par l'insuffisance du mode d'acquérir, par exemple, à la propriété dite prétorienne.

Pour arriver à une fusion complète des deux espèces de propriété, Justinien n'a guère qu'à mettre l'apparence d'accord avec la réalité, et à consacrer législativement le régime établi par le préteur. C'est ce qu'il fait. Il supprime le *nudum jus quiritium;* il efface même les causes d'où provenait la propriété bonitaire : en vertu d'une constitution dont il a été parlé au § 5, tous les sujets libres de l'empire sont nécessairement citoyens; puis les divisions en fonds italiques et provinciaux, en *res mancipi* et *res nec mancipi*, sont abrogées. Après cela, il n'y a plus, pour la forme comme pour le fond, qu'une seule espèce de propriété.

En supprimant la différence entre res n. m. et res m. Justinien a aboli la seconde dont peut naître la propriété bonitaire c à d l'insuffisance du mode d'acquérir pour les res mancipi.

CHAPITRE II.

NOTIONS GÉNÉRALES.

§ 45.

Nature de la propriété.

La propriété est le droit réel le plus considérable. Il est, de sa nature :

1. Absolu, en ce que le propriétaire a la faculté illimitée d'user et d'abuser de la chose; de l'aliéner en tout ou en partie; d'en tirer parti, quand et comme bon lui semble, alors même qu'il viendrait par là à nuire à autrui. Tant qu'il ne fait qu'exercer son droit, il n'est point responsable du dommage qu'un autre en éprouve : *Qui jure suo utitur neminem lædit;*

2. Exclusif, c'est-à-dire que les attributs, qui viennent d'être énumérés, n'appartiennent qu'au propriétaire; et qu'il peut empêcher toute autre personne d'en user;

3. Irrévocable, en ce sens que, si le propriétaire s'oblige à aliéner, cette obligation, par cela seul qu'elle existe, n'a aucune influence sur le droit de propriété.

L'irrévocabilité ainsi entendue repose sur trois principes élémentaires :

Le premier, qu'une convention suffit pour créer une obligation, mais non pour transférer la propriété;

Le deuxième, qu'une obligation n'a pour objet que la personne du débiteur;

Le troisième, que le successeur particulier n'est point tenu des obligations de son auteur.

De la combinaison de ces trois principes, il résulte que, quand je m'engage à vous transmettre la propriété, cet engagement a pour effet de me constituer votre débiteur, mais n'affecte en rien mon droit de propriété; celui-ci reste intact, malgré l'obligation que j'ai prise envers vous. Dès lors si, au lieu de vous livrer la chose, je la livre à un autre, la propriété sera acquise à celui-ci; et vous n'aurez que le droit de me demander la réparation du préjudice que je vous aurai causé.

Cette décision devrait même être admise dans le cas où je tiendrais de vous mon droit de propriété, et où l'engagement de vous restituer la chose eût été pris par moi, juste au moment de mon acquisition. A la vérité, ces circonstances paraissent, à première vue, rendre votre situation plus favorable. Pourtant, malgré ces circonstances, les principes énoncés ci-dessus sont seuls applicables; ils ne sont pas susceptibles de deux interprétations; et, par conséquent, les prémisses restant debout, la conclusion ne peut pas être différente; la solution sera la même que dans l'hypothèse qui précède.

Mais s'il en est ainsi, quel est donc le sens de l'adage *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet?* Signifie-t-il que la situation du successeur est identiquement celle de son auteur, au point qu'il soit tenu, même des obligations qui incombaient à ce dernier, relativement à la chose transmise? En aucune façon. Cela n'est vrai que du successeur universel; parce que, seul, il continue la personne de son auteur. Le successeur particulier, au contraire, n'est point lié par ces obligations; d'où il suit qu'il ne doit respecter que les dispositions qui

possidere = possession
habere = propriété

ont atteint la chose elle-même, c'est-à-dire qui ont fait naître des droits réels.

§ 46.

Modifications dont la propriété est susceptible.

Les attributs naturels de la propriété sont sujets à certaines modifications ou restrictions, qui peuvent être rangées en quatre catégories, savoir :

1. La copropriété, *condominium*. De même qu'une chose peut être possédée, en commun, par plusieurs personnes, de même elle peut aussi appartenir, en commun, à plusieurs : *Plures eamdem rem* PRO INDIVISO *habere possunt*. Le droit de propriété appartient alors à tous les coïntéressés, pris dans leur ensemble, et non à chacun isolément. Il suit de là que, pour disposer de la chose en tout ou en partie, il faut la volonté de tous. Chacun n'est libre de disposer que de sa part intellectuelle; et il a, en outre, la faculté de mettre fin à la copropriété, en demandant le partage.

2. Les *jura in re*, c'est-à-dire les servitudes, l'emphytéose, la superficie, le gage et l'hypothèque.

3. Les restrictions légales, établies pour l'agriculture, les cours d'eau, l'exploitation des mines, etc., etc. Citons, comme exemple, la charge imposée au fonds inférieur, de recevoir les eaux qui découlent, naturellement, du fonds supérieur.

4. Les exceptions au principe de l'irrévocabilité. Dans certains cas, l'obligation éventuelle d'aliéner une chose affecte jusqu'au droit de propriété; de telle sorte que, l'éventualité venant à se réaliser, l'obligé est considéré

De la donation sub modo, la charge imposée au donataire est celle de donner des aliments au donateur. La révocation agit alors in rem ou ex tunc. Les aliénations dont sont non-ave...

v. p. 345*

comme n'ayant jamais été propriétaire ; et, par suite, les aliénations, totales ou partielles, qui émanent de lui sont tenues pour non avenues.

C'est ce qui arrive, par exemple, dans l'*in diem addictio* (voir § 159). Le créancier n'a pas seulement une *actio in personam;* mais, étant censé n'avoir jamais perdu son droit de propriété, il a même les *actiones in rem* qui protègent ce droit. Voilà pourquoi l'on dit alors que la révocation agit *in rem;* et l'on applique, assez improprement, la dénomination de révocation *in personam*, à toutes les hypothèses où, conformément à la règle générale, le créancier n'est que créancier, et n'a, comme tel, qu'une *actio in personam* pour réclamer du débiteur la livraison de la chose due, ou, à son défaut, des dommages-intérêts.

On dit aussi, dans le premier cas, qu'il y a révocation *ex tunc*, c'est-à-dire remontant, rétroactivement, jusqu'au jour où la propriété avait été acquise; et l'on y oppose, sous le nom de révocation *ex nunc*, la simple extinction conforme aux principes, laquelle a lieu quand le propriétaire, obligé de transmettre son droit, exécute cette obligation.

§ 47.

Conditions requises pour l'acquisition de la propriété.

Ces conditions se rapportent, comme dans tout acte juridique, aux trois éléments essentiels du droit, savoir : le sujet, l'objet, le mode d'acquisition proprement dit.

I. Quant au sujet, les anciennes distinctions entre citoyens, latins et pérégrins ont cessé d'exister. Toute personne est capable d'acquérir. Mais celui qui veut de-

venir propriétaire devra-t-il intervenir personnellement à l'acte d'acquisition? A l'origine, l'affirmative n'était pas douteuse; il n'acquérait par un intermédiaire, que pour autant que celui-ci fût soumis à sa puissance. C'est ce que nous avons vu dans l'étude de la possession. Toutefois cette étude nous a appris aussi, qu'en droit nouveau on acquiert la possession, même *per liberam aut extraneam personam*. Or, quand l'acquisition de la propriété est subordonnée à un acte positif de la part de l'acquéreur, cet acte consiste précisément dans la prise de possession. Il est résulté de là, que la question de l'emploi d'intermédiaire a suivi le même développement, pour la propriété que pour la possession; qu'elle est arrivée, des deux côtés, à la même solution; et que, dès lors, pour l'une comme pour l'autre, l'acquéreur peut être représenté, soit par une personne soumise à sa puissance, soit par un simple mandataire.

La même règle a été appliquée également à la transmission de la propriété.

II. Quant à l'objet, on ne distingue plus entre fonds italiques et fonds provinciaux. Toute chose proprement dite est susceptible d'être acquise en propriété, du moment qu'elle est *in commercio*. Il ne faut excepter que les choses frappées d'inaliénabilité par la loi elle-même.

III. Quant aux modes d'acquisition, ils présentent plusieurs variétés. On les divise en :

1. Originaires et dérivés;
2. *Per universitatem* et *in singulas res*;
3. *Juris civilis* et *juris gentium*.

Nous avons indiqué, au § 17, le sens et la portée des deux premières divisions. Les termes de la troisième n'ont pas besoin d'être définis. Les trois principaux modes

du *jus civile* ont été décrits sommairement au § 42. Parmi ceux du *jus gentium* figurent l'occupation, la tradition, etc.; nous les retrouverons au chapitre qui va suivre. Rappelons que cette dernière division n'a d'intérêt qu'au point de vue historique; que, même dans cet ordre d'idées, elle n'est que de peu d'importance, puisque, déjà du temps des jurisconsultes classiques, les modes du *jus gentium* suffisaient pour transmettre la propriété civile des *res nec mancipi;* et qu'enfin ce peu d'importance, après avoir été toujours en diminuant, au fur et à mesure que la propriété bonitaire était mieux protégée, a disparu, complètement, avec la division même en *res mancipi* et *res nec mancipi*.

—

CHAPITRE III.

MODES D'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ.

§ 48.

I. — OCCUPATION.

On entend par occupation, la prise de possession d'une *res nullius*. Des deux éléments qu'implique ce mode d'acquérir la propriété, nous connaissons le premier : la prise de possession; c'est l'*apprehensio* avec *animus rem sibi habendi*. Il ne nous reste donc qu'à ajouter, que les *res nullius* sont celles qui, tout en étant *in commercio*, n'appartiennent actuellement à personne. Telles sont, par

1) animaux sauvages
2) res derelictae
3) trésor
4) butin de g.

exemple, les choses abandonnées, *res derelictæ;* les animaux sauvages, etc.

Le trésor est aussi *res nullius*, mais pour moitié seulement; l'autre moitié est considérée comme l'accessoire du sol où il a été découvert. En conséquence, il est attribué pour moitié au propriétaire du sol, pour moitié à l'inventeur ou occupant; et même, pour que les règles de l'occupation s'appliquent dans cette mesure, il faudra d'abord, cela va de soi, que personne ne justifie d'un droit de propriété sur le trésor; et, de plus, qu'il ait été découvert par l'effet du hasard; si c'était à la suite de fouilles pratiquées à dessein, il reviendrait tout entier au propriétaire du sol.

Mentionnons encore une espèce particulière d'occupation, qu'on appelle *occupatio bellica* ou conquête. En temps de guerre, l'ennemi était traité, d'une manière absolue, comme étant sans droits; d'où l'on concluait que tout ce qui était en son pouvoir devenait *res nullius,* donc susceptible d'occupation; et ce principe était même appliqué aux prisonniers. Par contre, les Romains admettaient également qu'ils étaient sans droits vis-à-vis de leurs ennemis, de sorte que ceux-ci étaient propriétaires, des biens comme des hommes, dont ils parvenaient à s'emparer. Seulement, si le prisonnier parvenait à s'échapper, il recouvrait rétroactivement, *jure postliminii,* la liberté et tous les droits qu'il avait lors de sa captivité ou qui s'étaient ouverts depuis; et si les Romains rentraient en possession des biens qui leur avaient été pris, la propriété en retournait aussi, *jure postliminii,* à celui qui en avait été dépouillé par la conquête.

§ 49.

II. — Spécification.

La spécification consiste à transformer une chose par le travail. Pour que cette opération puisse amener une mutation de propriété, il faut naturellement qu'elle s'applique à la chose d'autrui ; et, de plus, que, sans convention avec le propriétaire, nous en ayons fait un objet nouveau dans l'intention de l'avoir pour nous. Mais, même dans ces conditions, les anciens jurisconsultes n'étaient pas unanimes à voir dans la spécification un mode d'acquérir. Les Sabiniens estimaient que la chose, malgré la transformation qu'elle avait subie, n'avait pas cessé d'exister, et qu'il n'y avait pas de raison de l'enlever à son propriétaire. D'après les Proculéiens, la transformation avait anéanti la matière première pour y substituer une chose nouvelle, laquelle étant *res nullius* se trouvait, comme telle, acquise à l'artisan par occupation. Justinien trancha la controverse au moyen d'une distinction : il s'en tint au raisonnement et à la conclusion des Sabiniens, lorsque l'objet nouveau était susceptible de recouvrer sa forme première ; il admit l'opinion des Proculéiens dans le cas contraire ; et, dès lors, pour que la spécification constitue un mode d'acquérir, il faut que la chose ait été changée à ce point qu'il soit impossible de lui rendre la forme qu'elle avait antérieurement.

Après la question de propriété, la spécification en soulève une seconde : celle de savoir si une indemnité est due à celui contre lequel la première question est résolue.

En effet, qu'elle emporte ou qu'elle n'emporte pas transmission de la propriété, la spécification est toujours une cause de préjudice; soit pour le propriétaire qui perd la matière première, soit pour l'artisan qui perd la main-d'œuvre. Ce préjudice donnera-t-il lieu à un recours? Il faut distinguer. Car, lorsque le propriétaire de la matière est dépouillé, c'est par un fait auquel il est resté étranger et qui émane de celui-là même auquel la spécification profite. Aussi le propriétaire a toujours droit à une indemnité, et sa créance, de ce chef, est garantie par une action; l'étendue seule de cette créance dépend des circonstances dans lesquelles la spécification a été opérée : le spécificateur de bonne foi n'est tenu qu'à concurrence de ce dont il est enrichi, *in quantum locupletior factus est*; le spécificateur de mauvaise foi doit la réparation de tout le préjudice qu'il a causé. Au contraire, quand le dommage est infligé à l'artisan, il est la conséquence du propre fait de ce dernier, fait auquel le propriétaire n'a participé en rien, et qui ne touche celui-ci que par le profit qu'il lui procure. C'est pourquoi la loi s'est montrée moins favorable à l'artisan : il n'aura droit à une indemnité que pour autant qu'il ait été de bonne foi; cette indemnité ne va pas au delà de ce dont le propriétaire est enrichi; et, même dans cette mesure, la créance du spécificateur est purement naturelle; de sorte que, pour la faire valoir, il n'a que l'*exceptio doli* et le *jus retentionis*.

III. — Accession.

En déterminant le sens de la division des choses en principales et accessoires, nous en avons indiqué l'importance, laquelle se résume dans l'adage *Accessio cedit*

L'accession est un mode d'acquisition de la propriété en vertu duquel le propriétaire du principal devient propriétaire de l'accessoire.

principali. C'est le principe, formulé en ces termes, qui fait de l'accession un mode d'acquérir et reçoit une double application :

a. A ce que produit une chose ;

b. A ce qui vient s'y adjoindre ou s'y incorporer.

§ 50.

A. *Accession appliquée aux produits.*

Pendentes
Separati

Le propriétaire d'une chose acquiert, de plein droit, tout ce qu'elle produit ; il est donc propriétaire des fruits, et cette proposition n'admet aucun tempérament, tant que les fruits sont *pendentes*. Il n'en est plus de même quand les fruits sont *separati ;* ils ont alors perdu le caractère d'accessoire, et, partant, ils sont susceptibles d'appartenir à d'autres qu'au propriétaire de la chose frugifère. Ce résultat se produit, avec le consentement de ce dernier, au profit de l'usufruitier, du fermier, de l'emphytéote. Il a même lieu, sans ce consentement, en faveur du possesseur de bonne foi. Celui-ci, en effet, devient propriétaire des fruits, du moment qu'ils sont séparés ; et par cela seul qu'il est de bonne foi lors de la séparation. Mais, quoique propriétaire de ces fruits, il a cependant l'obligation de restituer ceux qu'il a encore au jour où la chose frugifère est revendiquée, *fructus extantes*.

Quant au moment précis où ces personnes, autres que le propriétaire du fonds, acquièrent les fruits, il n'est pas le même pour toutes. L'usufruitier et le fermier ne deviennent propriétaires que par la perception. C'est une règle générale, que la convention ne suffit pas pour transférer la propriété ; qu'il faut, de plus, la tradi-

(elle ne peut créer qu'une obligation)

Suivant que la tradition émane du possesseur ou du propriétaire, elle donne la possession ou la propriété.

La perception est donc l'appréhension avec l'animus rem sibi habendi

tion, c'est-à-dire la prise de possession de la part de celui qui veut acquérir. On ne fait qu'appliquer cette règle à l'usufruitier et au fermier, en exigeant d'eux la perception ; car la perception n'est pas autre chose que la prise de possession. Mais la situation du possesseur de bonne foi est toute différente ; il a la possession de la chose ; il a également la possession des fruits ; donc il était impossible de lui imposer encore un nouvel acte dans le but de la lui faire acquérir : il est propriétaire des fruits par la simple séparation ; peu importe par qui et comment elle a lieu. L'emphytéote acquiert également de la même façon : la possession du fonds emphytéotique lui ayant été attribuée, on a cru pouvoir l'assimiler au possesseur de bonne foi pour l'acquisition des fruits. v. p. 56 (possession ad interdicta)

B. Accession appliquée à ce qui s'unit à la chose.

L'accession, dans ce second ordre d'idées, se divise en trois groupes, selon que les choses qui se trouvent en présence sont : ou toutes deux immobilières, ou l'une immobilière et l'autre mobilière, ou toutes deux mobilières.

§ 51.

Accession d'immeuble à immeuble.

Ce groupe comprend les espèces suivantes :

1. L'*alluvio*. On appelle ainsi les atterrissements qui se font, successivement et imperceptiblement, aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, de même que les relais formés par l'eau courante qui se retire insensible-

ment. L'*alluvio* appartient, par droit d'accession, aux propriétaires des fonds riverains.

2. L'*insula in flumine nata*. Cette île est attribuée également, comme accessoire, aux propriétaires riverains. On trace une ligne qui traverse le fleuve, juste par le milieu, et chaque riverain acquiert la partie de l'île qui est de son côté.

3. L'*alveus fluminis derelictus*. Le lit abandonné est soumis aux mêmes règles que l'*insula in flumine nata*.

4. L'*avulsio*. Voici ce qu'on entend par là : une partie d'un champ est subitement enlevée par la force de l'eau et portée vers un fonds inférieur, auquel elle s'attache ; puis, cet état de choses se maintient, et les arbres de la partie enlevée prennent racine dans le fonds auquel elle adhère. Quel est l'effet juridique qui se produit alors? Que ces arbres appartiennent au propriétaire du fonds dont ils sont devenus l'accessoire; il n'y a pas le moindre doute; c'est là l'*implantatio*, dont il sera parlé au paragraphe suivant. Mais on va plus loin; on prétend même que la *pars avulsa* est aussi acquise au propriétaire du fonds auquel elle est venue s'attacher, et c'est cette espèce d'accession qu'on appelle *avulsio*. Ce dernier point est controversé, par le motif qu'il existe deux versions différentes du passage des Institutes où la question est traitée, et la solution de la controverse dépend du point de savoir quelle est celle des deux versions qui est la véritable. Ce passage est le § 21, *De rerum divisione*, II, 1, ainsi conçu :

Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit, et vicini prædio appulerit : palam est, eam tuam permanere. Plane si, longiore tempore, fundo vi-

cini hæserit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore . . . . . .

VIDENTUR *vicini fundo* ACQUISITÆ *esse.* (les arbres sont acquis)

Ou bien :

VIDETUR *vicini fundo* ACQUISITA *esse.* (l'avulsion est acquise)

Faut-il lire, dans la phrase finale, *videtur... acquisita,* l'*avulsio* constitue un mode d'acquérir par accession. Au contraire, cette phrase porte-t-elle le pluriel, *videntur ... acquisitæ,* l'accession qu'elle concerne a pour objet les arbres qui ont pris racine dans le sol; c'est l'*implantatio;* et, dès lors, à défaut de disposition légale qui la consacre, l'*avulsio* ne peut être considérée comme une quatrième espèce d'accession d'immeuble à immeuble.

§ 52.

Accession de meuble à immeuble.

1 Trésor
2 Implantatio
3 Inædificatio

On peut d'abord ranger dans ce second groupe le
1) trésor; lequel est attribué pour moitié, à titre d'accessoire, au propriétaire du fonds dans lequel il a été découvert.

Ensuite on y rencontre deux espèces plus importantes, connues sous les noms de : *implantatio* et *inædificatio.*

2) Des arbres qui vous appartiennent sont, sans convention entre nous, plantés dans mon fonds; dès l'instant où ils y ont pris racine, ils en sont l'accessoire et, par conséquent, deviennent ma propriété : *implantatio.* Immeubles par accession

3) De même, des matériaux, dont vous êtes propriétaire, sont, aussi en l'absence de convention, employés dans une construction érigée sur mon fonds, *inædificatio;* ils me sont acquis également par accession.

La mutation de propriété n'offre guère de difficulté; la question des recours qui peuvent en résulter est un peu moins simple. Dans le cas de spécification, nous avons vu qu'on recherche si le fait, qui profite à l'un des intéressés et nuit à l'autre, provient du premier ou du second. Ici, la loi fait encore la même distinction, et, en général, suit les mêmes règles. Ainsi, dans l'hypothèse où c'est le propriétaire des matériaux qui a bâti sur le fonds d'autrui, une indemnité ne lui est due qu'à la condition qu'il fut de bonne foi; cette indemnité ne va pas au delà de la plus-value acquise au propriétaire du fonds; et, pour la réclamer, le constructeur n'a pas d'autres moyens légaux que le *jus retentionis* et l'*exceptio doli*.

Ajoutons, cependant, qu'il se pourrait que l'*inædificatio* constituât une impense nécessaire, et qu'alors, naturellement, elle devrait être traitée comme telle. (Voir § 65.)

Lorsque l'*inædificatio* est le fait du propriétaire même du fonds, alors la loi s'écarte des dispositions qui régissent la spécification. A la vérité, celui qui a perdu la propriété des matériaux a, de ce chef, une créance, et une créance civile; mais il n'y a plus à considérer la bonne ou la mauvaise foi du constructeur, et celui-ci, dans tous les cas, peut être contraint à payer la double valeur des matériaux. L'action qui est donnée dans ce but s'appelle *actio de tigno juncto*.

§ 53.

Accession de meuble à meuble, adjunctio.

Cette espèce d'accession est encore soumise aux mêmes principes que les précédentes. Deux choses appartiennent à des propriétaires différents; et, sans convention entre ces derniers, elles sont attachées l'une à l'autre, de telle façon qu'il est, physiquement ou moralement, impossible de les séparer. Alors ces deux choses ne font plus qu'un tout; lequel est attribué, *jure accessionis,* au propriétaire de la chose principale.

Quelle est celle des deux choses qui est la principale? Pour répondre à cette question, nous n'avons qu'à rappeler la définition donnée ci-dessus, au § 14; et à faire remarquer qu'on y tient compte, non de la valeur intrinsèque ou de l'importance des objets, mais de leur forme exclusivement; de telle sorte que, des deux choses jointes, celle-là est regardée comme principale qui, extérieurement, ressemble le plus au tout; alors même qu'elle serait beaucoup moins précieuse que l'autre. Il n'a été dérogé à cette règle que pour la peinture, en tant qu'œuvre d'art; en ce sens que le papier, la toile, ou toute autre matière, sur laquelle la peinture proprement dite est appliquée, sera considérée comme l'accessoire et, par conséquent, acquise à l'artiste peintre.

Quant à l'indemnité, qui peut revenir à celui qui était propriétaire de la chose accessoire, elle est régie par les dispositions qui ont été analysées en traitant de la spécification. Il faut donc voir si l'*adjunctio* a été opérée par celui qu'elle enrichit ou par celui qu'elle dépouille, et sou-

1 Si l'adjonction a été faite par le propriétaire de la chose principale
il devra s'il est de bonne foi : payer un quantum ...
— de mauvaise foi : réparer le préjudice
2 Si l'adjonction a été faite par le propriétaire de la chose accessoire
il ~~[illegible]~~ s'il est de bonne foi : exiger la compensation.
et s'il est de mauvaise foi : il n'aura droit à

mettre ces deux hypothèses aux mêmes règles qu'en matière de spécification.

Ajoutons toutefois que si l'*adjunctio* avait le caractère d'impense nécessaire, il y aurait lieu d'appliquer les dispositions relatives à cette espèce d'impenses. (Voir § 65.)

§ 54.

IV. — Confusion et mélange.

Il s'agit encore, comme dans l'*adjunctio*, de choses appartenant à des propriétaires différents; lesquelles, en l'absence de convention entre les propriétaires, ont été réunies; et de telle manière qu'il y a impossibilité physique ou morale de les séparer. Mais, à la différence de l'*adjunctio*, le résultat auquel on arrive ici est un tout homogène; et, par suite, aucune des substances mélangées ne saurait être qualifiée principale ou accessoire, puisqu'elles ont toutes la même forme. Aussi le principe est-il tout autre; et, comme il n'est pas possible d'appliquer la règle *Accessio cedit principali*, pas plus que de conserver à chacun son droit de propriété exclusive, le mélange est déclaré commun aux intéressés; la part indivise de chacun étant déterminée par la valeur pour laquelle il a contribué.

Il n'y a pas à distinguer entre le mélange des corps solides, *commixtio*, et celui des liquides, *confusio*. A la vérité, les Institutes, au § 28, *De rerum divisione*, II, 1, commencent par dire le contraire : *Quod si frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit... si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tua*, NON VIDETUR COMMUNE ESSE. Mais l'affirmation s'appuie sur

une raison qui n'a rien de concluant : *quia singula corpora in sua substantia durant;* puis, sur une comparaison tout à fait fausse : *Nec magis istis casibus commune fit frumentum, quàm grex communis esse intelligitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint;* et ce qui prouve qu'il n'y a pas à s'arrêter à cette affirmation, c'est que la disposition finale du paragraphe l'abandonne complètement; puisqu'au lieu de laisser à chacun la propriété exclusive des *singula corpora* qui lui appartenaient, il attribue le mélange indivisément à tous deux, eu égard à la quantité comme à la qualité du blé de chacun : *Sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio, pro modo frumenti cujusque competit; arbitrio autem judicis continetur, ut is æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.* D'où il faut conclure que, du moment où la séparation des choses mélangées est réellement impossible, la même règle s'applique indistinctement aux solides comme aux liquides.

Cette règle ne souffre exception qu'en ce qui concerne la monnaie. Si mon argent est mêlé avec le vôtre, dans votre bourse ou dans votre caisse, vous en devenez propriétaire exclusif; et je n'ai, de ce chef, qu'une *actio in personam*, en réparation du dommage qui m'a été causé. Cela s'explique par la nature particulière de la monnaie et par le rôle qu'elle joue dans les relations sociales; en effet, la monnaie n'a guère qu'une valeur d'échange; elle est destinée à circuler constamment, à passer sans cesse de mains en mains; l'exception n'a pas d'autre but que de lever les entraves que la règle générale aurait mises à cette circulation.

En dr. R : on tient la propriété de ses cointéressés
En dr F : on tient la — du de cujus
En dr R : on a depuis le décès du de cujus la propriété de sa part indivise dès lors les aliénations sont maintenues.

En dr. F: le partage est déclaratif — il rétroagit au jour du décès du de cujus —

§ 55.

V. — Adjudication.

Dans l'ancien droit, le mot *adjudication* avait un double sens. Il désignait tantôt la partie finale de la formule dans les actions divisoires, tantôt le jugement même auquel aboutissaient ces actions. Cette dernière signification est seule restée dans le droit nouveau.

L'adjudication est donc d'une application assez restreinte. Elle implique l'existence d'une indivision réelle, non seulement entre les personnes qui y interviennent, mais encore relativement aux objets sur lesquels elle porte. Elle fait cesser l'indivision en déterminant la *pars divisa* qui revient aux divers intéressés, en donnant à chacun la propriété exclusive de son lot; en d'autres termes, l'adjudication est attributive de propriété, et non pas simplement déclarative. Il suit de là que chacun est censé tenir de ses cointéressés tout ce que l'adjudication lui fait acquérir; et que, par conséquent, si, durant l'indivision, l'un ou l'autre avait aliéné, totalement ou partiellement, sa part indivise, cette aliénation serait maintenue.

En dr. civil le partage est déclaratif et il rétroagit au jour où l'indivision a pris naissance — si l'aliénation n'a pas eu pour objet exactement la part qui a été attribuée l'aliénation est nulle.

§ 56.

VI. — Tradition.

Notion et introduction historique.

La tradition est le fait de mettre une chose à la disposition de quelqu'un; et, suivant la volonté qui y préside,

ce fait attribue ou la simple détention, ou la possession proprement dite, ou même la propriété.

Développt historique
Origine de la tradition

La tradition, il est presque trivial de l'affirmer, est aussi vieille que le monde. A Rome, dès que l'idée du droit prend un corps, nous trouvons immédiatement une distinction capitale entre les *res mancipi* et les *res nec mancipi*. Selon toutes les probabilités, le domaine du droit n'embrasse que les premières; les *res nec mancipi* ne jouissent d'aucune garantie légale; et, précisément pour ce motif, la loi ne s'occupe nullement de la manière de les transmettre; elles passent d'une personne à une autre par la tradition; et celle-ci reste ce qu'elle a toujours été, c'est-à-dire un simple fait ne conférant aucun pouvoir légal; de même que toutes les autres institutions consacrées uniquement par le *jus gentium*, elle n'a absolument aucune valeur juridique. Tel est le point de départ de notre exposé historique.

La tradition est un simple fait ne conférant aucun pouvoir légal

Mais bientôt, nous l'avons vu, les interdits possessoires sont créés pour l'*ager publicus*; on les étend, par analogie, aux fonds provinciaux, puis à toutes les autres *res nec mancipi*. Dès lors, les *res nec mancipi* ont cessé d'être chose indifférente pour la loi. Elle en garantit la possession; elle s'en occupe, mais à ce point de vue exclusivement; et, par conséquent, qu'exige-t-elle pour la transmission de ces choses? L'acte qui fait acquérir la possession, c'est-à-dire la tradition.

La tradition fait acquérir la possession garantie par la loi des res nec mancipi

Vient ensuite une nouvelle période; et ici les renseignements que fournit l'histoire sont plus précis. Les *res mancipi* ne continuent pas à former la seule richesse des citoyens; les *res nec mancipi* acquièrent une valeur, valeur qui devient bientôt considérable; et le législateur est amené à les protéger de la même façon que les *res man-*

cipi, c'est-à-dire à leur appliquer la revendication. Mais il commet alors une inconséquence. Au lieu d'étendre aux *res nec mancipi*, les modes d'acquérir requis pour les *res mancipi*, il laisse subsister, sur ce point, l'ancien état de choses. La tradition, mode logique et rationnel, quand la possession seule des *res nec mancipi* était garantie, est encore jugée suffisante, alors que ces choses sont devenues susceptibles de propriété; et, quoique ayant sa source dans le *jus gentium*, elle fait acquérir la propriété civile des *res nec mancipi*.

La tradition fait acquérir la propriété civile des res nec mancipi.

Il y a plus : jusqu'ici la tradition était toujours restée étroitement liée aux *res nec mancipi;* voici maintenant qu'elle entame le domaine des *res mancipi;* et l'histoire de la propriété nous a montré les progrès qu'elle n'a pas tardé de réaliser dans ce domaine. La tradition, il est vrai, ne transférait que la propriété bonitaire des *res mancipi;* mais, pour venir au secours de celle-ci, on a institué successivement l'*exceptio doli*, l'*exceptio rei venditæ et traditæ* et l'action publicienne; alors le *nudum jus quiritium* n'est plus qu'un simulacre; des deux propriétés qui se trouvent en présence, quiritaire et bonitaire, la dernière est la véritable; et il est permis de dire qu'en réalité la tradition confère la propriété, même des *res mancipi*. Aussi, lorsque la *mancipatio* et l'*in jure cessio* commencent à être abandonnées, la tradition envahit le terrain qu'elles perdent de jour en jour; quand elles finissent par disparaître, c'est la tradition qui recueille leur succession; et dans le droit nouveau, elle constitue le mode usuel de transférer la propriété de toutes choses indistinctement.

V. p. 79-80-81

Ce système, auquel aboutit ainsi la loi romaine, est-il rationnel? Pour résoudre cette question, il faut recher-

cher ce que la transmission de la propriété exige, en théorie pure. La propriété est un droit réel, c'est-à-dire un droit qui a pour objet une chose, non pas relativement à telle ou telle personne, mais d'une manière absolue et à l'égard de tous. S'il en est ainsi, la transmission de la propriété peut intéresser tout le monde ; et, dès lors, l'acte de transfert doit se présenter dans des conditions telles, qu'il annonce à tous, et sans aucune équivoque, la mutation opérée. Ces conditions se rencontraient dans les anciens modes du *jus civile* : le transfert de la propriété y avait lieu publiquement ; la législation primitive était logique. Sous le régime de la tradition, la loi romaine ne mérite plus le même éloge. A la vérité, elle n'a pas rompu complètement avec les principes, en ce sens que la simple convention est toujours insuffisante pour faire acquérir la propriété ; et qu'en ce qui concerne les meubles, vu la facilité de les déplacer et la difficulté d'en constater l'identité, il n'est peut-être pas possible d'imaginer rien de mieux que la tradition. Mais à l'égard des immeubles, le législateur n'a pas été à la hauteur de sa mission ; car la tradition dont il s'est contenté présente une double imperfection :

1. Elle n'est pas publique ; elle peut s'opérer dans le plus grand secret et échapper complètement aux tiers.

2. De plus, elle est équivoque ; puisque le fait qui la constitue ne transfère la propriété que si telle est l'intention commune aux deux parties qui y interviennent, et que les tiers n'ont aucun moyen de s'assurer si cette intention existe.

§ 57.

Conditions requises.

Dans son sens technique, c'est-à-dire comme mode d'acquérir la propriété, la tradition est l'acte par lequel une chose est mise par une personne à la disposition d'une autre, avec l'intention, commune aux deux parties, de transmettre et d'acquérir la propriété. Les conditions qu'elle requiert se rapportent :

1° A l'objet. En général, toutes les *res in commercio* sont susceptibles de tradition. Cependant il y a de ces choses dont l'aliénation est prohibée. Pour déterminer la portée de la prohibition, il faut voir si celle-ci émane ou n'émane pas de la loi. Est-elle légale, comme celle qui frappe le fonds dotal et les choses litigieuses, elle rend la chose inaliénable, et l'aliénation contraire à l'interdiction serait nulle. Est-elle seulement conventionnelle ou testamentaire, elle n'atteint pas la chose elle-même; elle ne crée qu'une obligation à la charge de celui auquel elle est imposée, de sorte que l'aliénation, faite au mépris de cette obligation, serait néanmoins valable et ne donnerait lieu qu'à des dommages-intérêts.

2° Aux personnes. Le *tradens* doit être propriétaire et capable d'aliéner; l'*accipiens* doit être capable d'acquérir. Mais il n'est pas nécessaire qu'ils soient présents en personne; il leur est permis de se faire représenter, soit par une personne soumise à leur puissance, soit par un mandataire.

3° A l'acte qui doit se passer entre les deux parties. Cet acte, c'est d'une part le transfert, d'autre part la prise de

possession; il consiste donc en ce que le *tradens* met l'*accipiens* à même d'user en maître de la chose dont il s'agit. (Voir § 34.)

4° A l'intention qui préside à cet acte matériel. L'intention doit porter sur la propriété, et être commune aux deux parties; en d'autres termes, il faut la volonté : chez le *tradens*, de transmettre la propriété; chez l'*accipiens*, de l'acquérir. Mais, au point de vue du transfert de la propriété, il n'importe en aucune façon de vérifier comment cette intention a été amenée. Alors même que les parties se seraient trompées, et que la cause qui a déterminé leur volonté n'aurait pas d'existence réelle, la tradition n'en serait pas moins parfaite. Ainsi, vous me remettez une chose, croyant à tort que vous me la devez; ou bien, à la suite de pourparlers dans lesquels vous avez en vue un échange, et moi une donation, vous me livrez la chose qui a fait l'objet de ces pourparlers; dans tous ces cas, l'intention commune relative à la transmission de la propriété se rencontre; il n'en faut pas davantage; du moment, bien entendu, que les autres conditions ci-dessus énoncées, se rencontrent également, la mutation de propriété s'opère. A la vérité, vous vous êtes dépouillé sans cause réelle, ou sous l'influence de l'erreur; et, pour ce motif, vous aurez un recours à exercer; mais, n'étant plus propriétaire, vous n'aurez pas qualité pour intenter la revendication; votre droit ne sera qu'un droit d'obligation; vous n'aurez donc, pour le faire valoir, qu'une *actio in personam*, et celle-ci vous sera donnée contre moi ou mon successeur universel, mais non contre mon successeur particulier.

§ 58.

Effets.

La tradition rend l'*accipiens* propriétaire. Quand se produit cet effet? A l'instant où les conditions énumérées au paragraphe précédent, sont réunies. Toutefois, la loi déroge à cette règle dans le cas où la tradition a lieu en exécution d'une vente : elle exige, en outre, que le prix ait été payé; à moins que la vente n'ait été faite à crédit ou qu'une garantie n'ait été fournie au vendeur. Pour se rendre compte de cette disposition, il faut se rappeler que la tradition ne transmet la propriété, que si telle est la volonté commune des parties. Lors donc qu'elles y ont mis expressément une condition, nul doute que la transmission n'aura pas lieu sans l'accomplissement de la condition. C'est ce principe qu'on applique à la tradition effectuée en vertu d'une vente. On considère cette tradition comme conditionnelle; et la condition présumée consiste dans le payement du prix. Il n'en est autrement, et la tradition n'est traitée comme pure et simple, que dans l'hypothèse où le vendeur a suivi la foi de l'acheteur ou bien obtenu une garantie.

Dans quel état la propriété est-elle acquise à l'*accipiens?* Dans l'état où elle se trouvait entre les mains du *tradens;* ce qui est vrai des qualités ou des défauts de l'ordre juridique, aussi bien que de l'ordre physique. Par conséquent, s'il existait une servitude en faveur de la chose livrée, elle compéterait au nouveau propriétaire; par contre, il devrait subir les *jura in re* dont elle serait grevée.

Nous avons supposé jusqu'ici l'existence de toutes les conditions requises. Naturellement, si l'une ou l'autre fait défaut, la propriété n'est pas transférée. Il ne faut pas cependant conclure de là que la tradition sera, dans ce cas, absolument inefficace. Spécialement, lorsque la qualité de propriétaire manque au *tradens*, la tradition transmettra néanmoins la possession; de plus, si l'*accipiens* est de bonne foi, il pourra acquérir les fruits (§ 50); il pourra même usucaper la chose, et recourra, le cas échéant, à l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, ainsi qu'à l'action publicienne; comme on le verra, ci-après, aux §§ 59, 65 et 67.

VII. — Usucapion.

§ 59.

Introduction historique.

Le dualisme que nous avons rencontré, dans l'histoire de la propriété, entre le *jus civile* et le *jus gentium*, apparaît ici également; et, dans ce nouvel ordre d'idées, chacune des deux législations a son institution : le *jus civile*, l'usucapion; le *jus gentium*, la *longi temporis præscriptio*.

L'usucapion était l'un des modes d'acquérir du *jus civile*. Elle avait une double utilité : transformer en propriété quiritaire, soit la propriété bonitaire, soit même la simple possession.

Les conditions, auxquelles était subordonné ce résultat, étaient :

1° Quant au sujet, qu'il eût le *commercium*. Le péré-

grin ne pouvait usucaper, *adversus hostem æterna auctoritas esto*.

2° Quant à l'objet, qu'il fût susceptible de propriété civile. Cette règle excluait du domaine de l'usucapion les *res extrà commercium*, ainsi que les fonds provinciaux. De plus, par exception à la règle, certaines dispositions légales en avaient encore rejeté quelques autres choses, dont les plus importantes sont : les *res furtivæ*, les *res vi possessæ*, les choses légalement inaliénables. Nous les retrouverons au paragraphe suivant.

3° Quant au mode d'acquisition proprement dit : il consistait dans la possession. Cette possession devait avoir duré : deux ans pour les immeubles, un an pour toutes autres choses. En outre, il fallait qu'elle eût une *justa causa*, de manière qu'en l'acquérant on pût se croire en droit d'avoir la chose comme maître. Chez le possesseur, auquel il a été fait tradition d'une *res mancipi*, la *justa causa* résultait de l'acte même qui lui avait donné la possession, puisque cet acte émanait du quiritaire, et n'était entaché que d'un vice de forme. Mais en dehors de cette hypothèse, comme le quiritaire allait être dépouillé sans aucune intervention de sa part, ou sans qu'il y eût valablement consenti, la loi se montrait plus favorable à ce dernier. Aussi exigeait-elle que le possesseur eût la conviction d'être en même temps propriétaire, et qu'il pût invoquer un titre ou acte juridique de nature à faire acquérir la propriété. En d'autres termes, pour le simple possesseur, la *justa causa* impliquait la bonne foi et le juste titre, dans le sens qui sera expliqué au § 60. Cependant cette règle souffrait exception dans l'*usucapio pro herede*. Une hérédité restant vacante, le premier venu qui s'en emparait, et continuait à la posséder pen-

dant un an, l'acquérait par usucapion; peu importe qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi. Mais cette usucapion exceptionnelle a été successivement restreinte dans son application, puis supprimée; et si, en droit nouveau, il est encore question d'une *usucapio pro herede*, elle ne ressemble plus guère à l'ancienne; car, d'une part, elle n'a plus pour objet l'hérédité tout entière, prise dans son ensemble, ou la qualité même d'héritier; mais seulement les choses matérielles comprises dans l'hérédité, et considérées individuellement, *ut singulæ;* d'autre part, elle est soumise au régime ordinaire, en ce qui concerne la bonne foi.

Tels étaient les principes qui régissaient l'usucapion du *jus civile*.

Ce qui va représenter cette institution dans le *jus gentium*, avait, à l'origine, une tout autre nature. C'était la *longi temporis præscriptio*, donnée soit contre la revendication, soit contre l'*actio in rem* qui avait été créée par analogie de la revendication. Or, en quoi consistait la *longi temporis præscriptio?* Dans un moyen de défense, opposé à une action; moyen fondé uniquement sur le laps de temps que le demandeur a laissé écouler sans agir (dix ans, *inter præsentes;* vingt, *inter absentes*), et n'ayant pour résultat que de paralyser cette action.

Elle différait donc radicalement de l'usucapion, par ses éléments intrinsèques comme par son fondement, et par sa portée juridique. Pourtant, quand cette *præscriptio* était opposée à la revendication, elle offrait, avec l'usucapion, quelques points communs; et c'est là ce qui explique le rapprochement qui s'est opéré entre elles. Ainsi, de même que c'est le possesseur qui acquérait par usucapion, de même aussi c'est le possesseur qui invoquait la *longi*

temporis præscriptio; de plus, la possession devait, de part et d'autre, avoir une certaine durée; et tant qu'elle était conservée, elle se trouvait également, dans les deux cas, à l'abri de toute action. La différence n'était guère sensible que dans l'hypothèse où la possession était perdue; car celui que l'usucapion avait rendu propriétaire trouvait, dans la revendication, le moyen de rentrer en possession; tandis que l'autre n'avait pas cette action, précisément parce que la propriété lui faisait défaut. Mais on réalisa ici le même progrès qui a été exposé dans l'histoire de la propriété. On avait fini, nous l'avons vu, par accorder aux pérégrins, ainsi qu'aux détenteurs des fonds provinciaux, une action analogue à la revendication; on attribua également cette action à ceux qui étaient dans les termes de la *longi temporis præscriptio*.

Dès ce moment, les deux institutions eurent, pratiquement, la même valeur. Mais ce rapprochement en amena nécessairement un autre. Originairement, et conformément à sa nature, la *longi temporis præscriptio* n'avait pour base que l'inaction prolongée du demandeur; et, partant, les conditions, auxquelles elle était subordonnée, ne se rapportaient qu'au demandeur; spécialement, il était indifférent que le défendeur fût ou ne fût pas de bonne foi. Il n'en pouvait plus être ainsi, lorsqu'on eut attribué à la *longi temporis præscriptio* des effets analogues à ceux de l'usucapion; rien n'autorisait à traiter la première plus favorablement que l'autre. Aussi, ne se borna-t-on plus à considérer uniquement la personne contre laquelle la *longi temporis præscriptio* s'était accomplie. En réalité, elle était devenue, comme l'usucapion, un mode d'acquérir; elle fut soumise au même régime, ou peu s'en faut; et, notamment, on exigea que la possession eût été ac-

quise de bonne foi et en vertu d'un juste titre, *justum initium possessionis*.

Les choses en étaient à ce point, lors de l'avènement de Justinien. Des différences saillantes, qui ont été signalées ci-dessus, deux seulement avaient survécu :

1. Quant aux conditions requises ; les délais de l'usucapion étaient moins longs que ceux de la *longi temporis præscriptio*.

2. Quant aux effets ; celui qui avait usucapé était en droit de revendiquer ; l'autre n'avait qu'une *actio in rem* analogue à la revendication.

Justinien supprima ces différences et acheva de fusionner les deux institutions en une seule, à laquelle il appliqua, en général, les principes de l'usucapion. Il en porta le délai à trois ans pour les meubles, et il maintint, pour les immeubles, celui de la *longi temporis præscriptio*, c'est-à-dire dix ans *inter præsentes*, vingt ans *inter absentes*. De plus, lorsque la possession était de bonne foi et ne réunissait pas les autres conditions, il admit aussi l'usucapion, mais moyennant une durée plus longue : trente ou quarante ans ; on appelle cette dernière « extraordinaire », par opposition à l'usucapion ordinaire ; laquelle s'accomplit par le laps de trois ans pour les meubles, de dix ou de vingt ans pour les immeubles.

Conditions requises.

§ 60.

I. — *Usucapion ordinaire.*

Ces conditions concernent le sujet, l'objet et le mode d'acquisition proprement dit.

I. Quant au sujet, toute personne est capable d'usucaper.

II. Quant à l'objet, la règle est que toute *res in commercio* est susceptible d'usucapion. Mais à cette règle, il y a des exceptions assez nombreuses. Les principales concernent :

1. Les choses volées, *res furtivæ*. Par égard pour la victime du vol, elles sont soustraites à l'usucapion ; et c'est là un vice dont elles restent entachées, en quelques mains qu'elles passent ; elles n'en sont lavées que quand elles rentrent au pouvoir du propriétaire, en réparation du vol.

2. Les immeubles, dont le propriétaire a été expulsé par violence, *res vi possessæ*. C'est également un vice inhérent à la chose, comme celui qui résulte du vol ; seulement, à la différence de ce dernier, il ne va pas au delà du premier acquéreur de bonne foi.

3. Les choses dont l'aliénation est prohibée par la loi ; par exemple : les immeubles dotaux et les choses litigieuses. Le motif de cette exception est que l'usucapion aurait permis d'arriver indirectement à l'aliénation que la loi interdit.

III. Quant au mode d'acquisition proprement dit, il

consiste dans la possession, et nous n'avons plus à redire ce qu'on entend par là. La possession est aussi l'élément vital de la tradition; mais là, le transfert de la propriété est instantané; pourquoi? Parce que telle est la volonté commune des deux parties, et que le *tradens* est propriétaire et capable d'aliéner. Dans l'usucapion, au contraire, le propriétaire, qui va être dépouillé, n'est pas intervenu ou bien n'était pas capable d'aliéner. Aussi la loi ne s'est-elle pas contentée de la prise de possession; et a-t-elle exigé en outre :

1° *Fides*, bonne foi. C'est la conviction d'avoir acquis la propriété. Le possesseur verse donc dans l'erreur : il n'est que possesseur, il croit être propriétaire. Cette erreur doit porter sur un point de fait, et non sur une question de droit. C'est un principe que « la loi est censée connue de tous » et ce principe est appliqué rigoureusement à celui qui, comme dans l'usucapion, cherche à augmenter son patrimoine aux dépens d'un autre : *Error juris acquirere volentibus nocet*. Il ne suffit même pas que l'erreur amène, dans l'esprit du possesseur, une opinion telle quelle, plus ou moins hésitante; il faut que ce soit une croyance ferme et positive : la conviction d'être propriétaire; à telle enseigne que le doute, aussi bien que la mauvaise foi caractérisée, ferait obstacle à l'usucapion.

Seulement la bonne foi, ainsi définie, ne doit pas nécessairement avoir perduré; la loi n'exige que la bonne foi initiale. Celle-ci est de rigueur, *bona fides superveniens non valet;* mais elle suffit, *mala fides superveniens non nocet*. Et quel est l'*initium*, où la bonne foi est requise? Le moment de l'entrée en possession. La loi n'est plus rigoureuse à cet égard, qu'au cas où la posses-

sion a été transmise en vertu d'une vente : elle veut alors que la bonne foi existe déjà lors du contrat; et même encore, en général, au moment du payement du prix, c'est-à-dire au moment où la tradition aurait été de nature à transférer la propriété.

Titulus

2° *Titulus*, ou *justus titulus*. Pour qu'il soit permis au possesseur d'alléguer, sérieusement, qu'il a cru être propriétaire, il faudra qu'il ait agi comme on a l'habitude d'agir pour avoir cette qualité; en d'autres termes, qu'il puisse invoquer un acte juridique qui est susceptible de faire acquérir la propriété; mais qui, dans l'espèce, est atteint d'un défaut qui empêche cette acquisition; par exemple, parce que celui avec lequel le possesseur a traité n'était pas propriétaire, ou bien n'avait pas la capacité d'aliéner. C'est cet acte juridique qu'on appelle *justus titulus*.

D'après cela, il semblerait que les titres, auxquels l'usucapion était possible, n'auraient pas été bien nombreux; mais on a remonté plus haut que l'acte même d'où aurait pu résulter la transmission de propriété; et spécialement, quand il s'agit de tradition, on est allé jusqu'à la cause qui y a donné lieu, pour qualifier, d'après cette cause, le titre de la possession, comme de l'usucapion à laquelle elle conduit. De sorte que les divers titres sont dénommés de la manière suivante : *pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro soluto*, suivant que la tradition a été effectuée en vertu d'une vente, d'une donation, d'un legs, d'une constitution de dot, ou en vue de faire un payement; — *pro herede*, quand on possède des objets d'une hérédité, croyant à tort être héritier; — *pro derelicto*, quand on s'empare d'une chose abandonnée par quelqu'un qui n'en était pas propriétaire; — enfin, *pro suo*, titre gé-

néral qui comprend tous les autres cas où, pour une raison quelconque, il est possible de croire qu'on acquiert la propriété en prenant possession.

3° *Tempus*. Le délai est de trois ans pour les meubles, et de dix ou vingt pour les immeubles : dix, *inter præsentes*, c'est-à-dire lorsque le propriétaire et le possesseur habitent la même province; vingt, lorsqu'ils habitent des provinces différentes, *inter absentes*.

La possession doit avoir duré d'une manière continue et sans interruption pendant tout ce temps. Si donc elle vient à être perdue, il y a interruption de l'usucapion; interruption que l'on nomme naturelle, *usurpatio naturalis*. L'usucapion est également interrompue, contre un possesseur absent, au moyen d'une protestation faite devant l'autorité; et cette interruption s'appelle civile. En est-il de même lorsque le propriétaire recourt à la revendication; et par cela seul qu'elle est intentée, cette action met-elle obstacle à l'acquisition de la propriété par le possesseur? Dans l'ancien droit, la question devait se résoudre par une distinction. La *longi temporis præscriptio* était évidemment écartée; puisqu'elle se fondait sur l'inaction du demandeur prolongée pendant tout le *longum tempus*, et que, dans l'espèce, il avait agi avant l'expiration de ce temps. L'usucapion, au contraire, résultait de la possession continuée durant le délai légal; l'intentement de la revendication n'empêchait pas le défendeur de continuer à posséder; et, par conséquent, l'usucapion pouvait s'accomplir au cours de l'instance. A la vérité, si le défendeur succombait, il était tenu de restituer la chose; mais malgré cette obligation, malgré l'effet rétroactif du jugement, il n'en était pas moins devenu propriétaire; et, dès lors, les aliénations opérées par lui étaient

valables. Dans la fusion consacrée par le droit nouveau, c'est le principe de l'usucapion qui a prévalu. Il s'ensuit que l'intentement de la revendication ne constitue pas un acte interruptif. Seulement, la question n'a plus guère d'intérêt pratique, par la raison que la loi a défendu d'aliéner les choses litigieuses ; et que, partant, les aliénations effectuées au mépris de cette défense seraient considérées comme non avenues.

Faut-il avoir possédé par soi-même pendant tout le temps requis? Pas nécessairement. Rappelons d'abord que la possession peut s'exercer par représentant ; c'est au représenté qu'appartient la possession; c'est à lui qu'elle profite. Il y a plus : la loi permet même, au successeur, de joindre, à sa possession, celle de son auteur, *accessio possessionis*. Elle fait cependant une différence entre le successeur ***per universitatem***, et le successeur ***in singulas res***; en ce sens que, pour ce dernier, l'*accessio possessionis* est admise à titre de faveur, et, en conséquence, subordonnée à la condition qu'il soit de bonne foi; tandis qu'à l'égard de l'autre, elle est une sorte de nécessité; et que, l'auteur et le successeur étant censés ne faire qu'une seule personne, le successeur, même de mauvaise foi, continue à usucaper en vertu de la règle *Mala fides superveniens non nocet*. Toutefois, il n'en est ainsi que pour autant que la succession soit immédiate. Nous avons dit, au § 36, que la possession se perd par la mort du sujet. Si donc un autre que l'héritier appréhende la chose, la possession reste perdue, et l'*accessio possessionis* est impossible; mais si c'est l'héritier lui-même, la possession rétroagit au jour du décès ; et, de plus, s'ajoute à celle de l'auteur.

A l'occasion de l'*accessio possessionis*, il se présente

une autre question, qui en est pour ainsi dire le contre-pied, et qui cependant trouve sa solution dans les mêmes principes. L'*accessio possessionis* implique la bonne foi dans le chef de l'auteur ; qu'arrivera-t-il si cette condition fait défaut? Dans ce cas, la possession qu'a eue l'auteur, n'étant pas de nature à conduire à l'usucapion, il est évident qu'il ne peut pas s'agir de l'*accessio possessionis*. Mais est-il possible que le successeur commence à usucaper? Il faut encore distinguer entre le successeur *per universitatem* et le successeur *in singulas res ;* et, cette fois, la différence est à l'avantage de ce dernier. Le successeur *per universitatem* continuant la personne de son auteur, et la bonne foi étant impérieusement requise lors de l'entrée en possession, il en résulte que la possession, à son point initial, est alors entachée d'un vice, et que ce vice nuit au successeur comme à l'auteur ; l'usucapion est impossible à l'un comme à l'autre. Au contraire, dans la *successio in singulas res*, les deux personnes sont distinctes, et, par suite, la mauvaise foi de l'auteur n'empêchera pas que le successeur commence à usucaper.

§ 61.

II. — *Usucapion extraordinaire.*

Cette usucapion s'écarte, sur plusieurs points, des règles de l'usucapion ordinaire.

Par rapport au temps, la loi est plus exigeante : la possession doit avoir duré trente ans, pour les meubles aussi bien que pour les immeubles ; il en faut même quarante pour les biens du prince, de l'église et des établissements de bienfaisance.

Sous d'autres rapports, elle est moins rigoureuse. C'est

ainsi que les *res furtivæ* et les *res vi possessæ* ne sont pas soustraites à l'usucapion extraordinaire ; on avait suffisamment tenu compte des égards dus aux victimes du vol ou de la violence, en écartant l'usucapion de trois, dix ou vingt ans ; et elles étaient sans excuse si elles laissaient s'accomplir celle de trente ou quarante ans.

C'est ainsi encore qu'un juste titre n'est plus nécessaire ; pourquoi ? Parce qu'ici, à la différence de l'usucapion ordinaire, la prise de possession, à laquelle on doit remonter, date de fort loin ; et que, le plus souvent, elle est le fait, non de celui qui l'invoque, mais de son auteur ; de sorte qu'il eût été très difficile, si pas impossible, de rapporter la preuve d'un juste titre.

Mais la bonne foi est absolument indispensable. Sans elle, la possession ne fera jamais acquérir la propriété ; et, si longue qu'elle ait été, elle ne fournira qu'une exception pour paralyser la revendication. (ce sera l'exception exception temporal

§ 62.

Effets de l'usucapion.

L'usucapion transforme la possession en propriété ; elle dépouille le propriétaire de son droit, en l'attribuant au possesseur ; et l'extinction du droit du premier est la conséquence forcée de l'acquisition du même droit par le second : *plures eamdem rem in solidum habere non possunt*.

Observons, à ce propos, que la propriété ne se perd point par le simple non-usage. En effet, si le non-usage se présente seul, c'est-à-dire si l'objet du droit de propriété n'est possédé par personne, il est clair que, quelle que soit sa durée, le non-usage n'anéantit pas le droit du propriétaire. Puis, si en même temps que le propriétaire

n'use pas de son droit, il arrive qu'un autre en use et ait la possession, de deux choses l'une : ou bien cette possession ne réunit pas les conditions que requiert l'usucapion; dans ce cas, le possesseur n'est toujours que possesseur, le propriétaire reste propriétaire. Ou bien la possession réunit toutes ces conditions, alors elle se change en propriété; mais si, dans ce cas, l'ancien propriétaire est dépouillé, c'est par l'acquisition qui s'opère au profit du possesseur, et en vertu de la règle ci-dessus rappelée *Plures eamdem rem, etc.* Il est donc vrai de dire, dans toutes les hypothèses, que le simple non-usage n'éteint point le droit de propriété.

Quel est l'objet que l'usucapion transfère, et dans quelle mesure? L'objet qui a été possédé conformément à la loi, et tel qu'il a été possédé : *tantum* USUCAPTUM, *quantum possessum*.

Faudra-t-il appliquer le même adage aux *jura in re* qui grevaient la chose acquise; et, lorsqu'ils n'ont pas été exercés, l'usucapion aura-t-elle pour résultat de les anéantir? Dans l'ancien droit, on distinguait entre l'usucapion et la *longi temporis præscriptio*.

L'usucapion pouvait mettre fin à la servitude; celle-ci n'étant pas exercée, la chose était possédée comme libre, et, par conséquent, elle était acquise également comme libre. Mais il en était autrement de l'hypothèque; par la raison que rien n'annonce son existence; qu'elle ne produit aucun effet, tant que la créance garantie n'est pas exigible; et que, dès lors, il est impossible de constater si la chose hypothéquée a été possédée comme libre ou comme grevée d'hypothèque; impossible, par suite, d'appliquer, à ce point de vue, l'axiome *Tantum* USUCAPTUM *quantum possessum*.

Quant à la *longi temporis præscriptio*, elle constituait un moyen de défense opposable à toute action ; donc à l'action hypothécaire, de même qu'à l'action confessoire. Il s'ensuit qu'elle était de nature à rendre illusoire l'hypothèque, aussi bien que la servitude.

Justinien, en fusionnant les deux institutions, adopta, sur cette question, la règle de la *longi temporis præscriptio*. Il admit donc que l'usucapion pouvait éteindre tous les *jura in re* indistinctement ; et pour tous, il exigea le délai de dix ou de vingt ans, selon que le possesseur de la chose et le titulaire du *jus in re* étaient *præsentes* ou *absentes*. Notons aussi que la bonne foi était requise, comme dans toute usucapion ; et qu'elle devait s'entendre *pro subjecta materia*, c'est-à-dire consister dans l'ignorance du *jus in re*, ou dans la conviction que la chose était libre.

CHAPITRE IV.

DES ACTIONS QUI PROTÈGENT LA PROPRIÉTÉ.

§ 63.

Objet de ce chapitre.

Deux actions servent à protéger la propriété : la revendication et l'action négatoire. La première est ouverte, quand le droit de propriété est lésé, au point que le propriétaire est privé de la possession ; toute autre lésion donne lieu à la seconde. D'après cette notion de la néga-

toire, il n'y a, naturellement, plus place pour une troisième action. Il est d'usage cependant de rattacher à la même rubrique, l'action publicienne; pour le double motif qu'elle a été créée par analogie de la revendication, et qu'elle est susceptible de suppléer cette dernière. Nous nous conformerons à l'usage : à l'examen de la revendication et de la négatoire, nous ajouterons, dans un appendice, celui de la publicienne.

I. — Revendication.

§ 64.

Notion et conditions requises.

Le mot *revendication* a une signification technique extrêmement nette : il s'applique uniquement à la propriété, soit exclusive (*dominium*), soit indivise (*condominium*). L'objet de cette action doit donc, comme l'objet de la propriété, consister en une chose proprement dite. De plus, la chose doit être déterminée individuellement, et de la façon la plus précise. Les explications à fournir de part et d'autre, les preuves à soumettre au juge, l'appréciation à faire de ces preuves pour arriver en connaissance de cause à la solution du litige, tout réclame une détermination telle, qu'aucune confusion ne soit possible. Il suit de là que, si la chose est jointe à une autre, ou mélangée avec d'autres, sans qu'il y ait impossibilité de les séparer, elle pourra être revendiquée; mais il faudra, au préalable, en demander la séparation par l'*actio ad exhibendum*.

Comme toute action, la revendication implique deux

éléments : l'existence d'un droit et sa lésion. Le droit, nous l'avons déjà dit, c'est la propriété ; et la lésion, c'est la circonstance que la chose est possédée par un autre que le propriétaire.

D'après cela, à qui est donnée la revendication? Au propriétaire, dont la chose est possédée par un autre; Contre qui? Précisément, contre celui qui possède. Mais faudra-t-il que celui-ci ait la possession proprement dite? Pas nécessairement; l'action peut être intentée contre le simple détenteur. Seulement ce dernier a un moyen d'échapper au procès : il n'a, pour cela, qu'à désigner le possesseur, *dominum nominare* ou *laudare;* lequel sera alors appelé et aura à répondre seul à l'action. Il y a même certains cas où une personne tombe sous le coup de la revendication, bien qu'elle n'ait ni possession ni détention; c'est ce qui arrive lorsque, de mauvaise foi, elle a cessé de posséder, *dolo desiit possidere*, ou bien a répondu à l'action comme si elle possédait, *liti se obtulit*. Dans ces cas, le défendeur est assimilé au possesseur, au point de vue de la revendication; on l'appelle *fictus possessor*.

La notion même de la revendication indique également quelle est la preuve qui incombe au demandeur. Cette preuve comprend les points de droit et de fait qui forment la base de la demande. Il aura donc, en règle générale, à établir :

1. Le droit de propriété dans son chef;
2. La possession dans le chef du défendeur.

Quant au premier point, conformément aux principes en matière de preuve, il suffit de démontrer l'acquisition du droit. Cela fait, l'existence actuelle du droit est présumée; et, si le défendeur la dénie, c'est à lui de prouver. Mais comment le demandeur justifiera-t-il qu'il a acquis

la propriété? S'il invoque un mode originaire, la preuve est assez simple. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un mode dérivé, la situation se complique, par la raison que notre auteur n'a pu nous rendre propriétaire qu'à la condition de l'être lui-même; que, par conséquent, en cas de contestation, nous devons établir que notre auteur a acquis la propriété; qu'il en est de même pour l'auteur de notre auteur; et ainsi de suite; de telle façon que si, pour tous ces auteurs, auxquels il faut successivement remonter, nous n'avons à nous prévaloir que de modes dérivés, la *probatio* qui nous incombe semble mériter la qualification de *diabolica*, que lui avaient donnée les commentateurs. Pourtant, la difficulté n'est pas insurmontable. Le demandeur y échappera le plus souvent, en recourant à l'usucapion accomplie, soit par lui-même, soit par son auteur, soit par l'un et l'autre au moyen de l'*accessio possessionis*. Alors, en effet, il n'a à justifier, dans son chef, que d'une possession réunissant les éléments requis pour l'usucapion; il n'a même pas à prouver la bonne foi, celle-ci étant présumée, et la présomption s'expliquant : dans l'usucapion ordinaire, par l'existence du juste titre; dans l'extraordinaire, par le temps très long que la possession a duré. D'ailleurs, si le demandeur trouve encore trop lourd le fardeau de cette preuve, il est libre de prendre un rôle plus facile, en intentant la publicienne (voir § 69). Il pourra même, le cas échéant, se contenter d'un interdit possessoire.

En second lieu, le demandeur doit établir que le défendeur possède la chose revendiquée. Il va de soi que, sur ce point, comme sur les autres, une preuve n'est à fournir que pour autant qu'il y ait dénégation. Mais ici la dénégation téméraire est frappée d'une peine spéciale. Car,

lorsque le demandeur démontre, contrairement au soutènement du défendeur, que celui-ci possède réellement; par cela seul, la possession peut être immédiatement attribuée par le juge au demandeur. A la vérité, si le défendeur était propriétaire, il ne serait pas déchu de son droit; mais il aurait à prendre l'offensive, et, par suite, à subir les inconvénients inhérents à la position de demandeur.

§ 65.

Moyens de défense.

De même que dans toute action, la défense peut consister, soit dans une *litis contestatio negativa*, soit dans une exception proprement dite.

Nous venons d'examiner la situation faite au demandeur par la *litis contestatio negativa*. Ajoutons, ce qui va de soi, que si le demandeur ne fournit pas la preuve qui lui incombe, il succombe, sans que le défendeur ait aucune justification à rapporter.

Quant aux exceptions, elles sont assez nombreuses. On peut y rencontrer, d'abord, celles que comporte toute action, par exemple la *præscriptio temporalis*.

Il est aussi permis au défendeur de se prévaloir de la faculté qu'il aurait de détenir la chose, en vertu d'un droit réel ou d'un droit d'obligation; pourvu, bien entendu, dans ce dernier cas, que le demandeur soit tenu de l'obligation invoquée par le défendeur.

Après cela, les deux exceptions les plus importantes sont :

1. L'*exceptio doli* pour cause d'impenses. On distingue entre les diverses espèces d'impenses. Les impenses né-

cessaires doivent être remboursées intégralement à tout possesseur, excepté au voleur. Pour les autres, utiles ou voluptuaires, il faut rechercher si elles sont, oui ou non, susceptibles d'être enlevées sans détériorer la chose. Si oui, le défendeur a le droit de les enlever, *jus tollendi;* à moins que le demandeur ne préfère les garder, à charge d'en payer le prix. Si non, toutes les conditions de l'acquisition par accession sont réunies; et, par conséquent, on applique les principes de l'accession, tant pour la mutation de propriété, que pour le recours auquel elle donne lieu (§§ 52 et 53).

2. L'*exceptio rei venditæ et traditæ*. Elle avait été créée pour protéger la propriété bonitaire (§ 43); or, la propriété bonitaire ayant disparu, il est évident qu'il n'est plus question de cette première application. Mais l'exception avait été étendue à une autre hypothèse, qui peut encore se présenter dans le droit nouveau. Cette hypothèse est celle où il y a eu tradition effectuée par un *non-dominus*, et où, plus tard, l'obligation du *tradens* vient à se rencontrer, sur une même tête, avec la qualité de *dominus*. Il faut donc le concours des deux circonstances suivantes :

a. *Traditio a non-domino ;* mais peu importe que ce soit en exécution d'une vente, d'une donation, d'un échange, etc.

b. Réunion, dans la même personne, de l'obligation assumée par le *tradens* et du droit de propriété; par exemple parce que le *tradens* devient l'héritier du *dominus*, ou *vice versâ*.

Si, après cela, la revendication est intentée par le *tradens* lui-même, ou par son successeur universel, elle sera écartée au moyen de l'*exceptio doli*. L'*exceptio rei*

venditæ et traditæ aura le même effet contre un successeur particulier; et elle est donnée, non seulement à l'*accipiens* de bonne foi, mais encore à son successeur soit universel, soit même particulier; de sorte que, tant activement que passivement, l'*exceptio rei venditæ et traditæ* est inhérente à la chose, *rei cohærens*, comme si elle procédait d'un droit réel.

§ 66.

But et effet.

Le but auquel tend l'action, et qui sera atteint, si elle est poursuivie avec succès, c'est d'abord que le demandeur soit déclaré propriétaire de la chose revendiquée; puis, comme conséquence, que cette chose lui soit restituée avec tous ses accessoires, *cum omni causa*.

Les accessoires comprennent, entre autres, les fruits de la chose. A cet égard, l'étendue des droits du demandeur dépend de la bonne ou de la mauvaise foi du défendeur. Le possesseur de bonne foi ne doit que les fruits qui se trouvent encore chez lui au moment de la *litis contestatio*, *fructus exstantes*. Tandis que le possesseur de mauvaise foi doit indemniser complètement le demandeur; partant, est tenu non seulement de restituer les fruits perçus, *fructus percepti*, mais encore de payer l'excédant que le demandeur aurait pu produire à l'aide d'une meilleure culture : *fructus percipiendi*. Toutefois la distinction basée sur la bonne ou la mauvaise foi du défendeur n'existe que pour les fruits qui ont été séparés antérieurement à la *litis contestatio*. A partir de cet acte de procédure, et à raison de l'effet rétroactif attaché au jugement, le demandeur doit être remis dans l'état où il

se serait trouvé si le défendeur s'était exécuté lors de la *litis contestatio;* d'où il suit qu'alors l'obligation de tout défendeur, indistinctement, comprend, à la fois, les *fructus percepti* et les *fructus percipiendi.*

Notons pourtant que, dans tous les cas, le défendeur a le droit de porter en déduction le montant des frais qu'il a dû faire pour produire, percevoir et conserver les fruits sujets à restitution.

Nous avons ainsi déterminé l'objet de l'obligation qui incombe au défendeur condamné. Mais voici qu'il est dans l'impossibilité de s'exécuter; il a perdu la possession, ou bien la chose a été détériorée durant l'instance; qu'arrivera-t-il en pareil cas? La question est assez compliquée; et sa solution exige plusieurs distinctions et sous-distinctions, commandées presque toutes par les principes généraux en matière d'obligations. Conformément à ces principes, il faudra voir quelle est la cause qui empêche le défendeur de remplir son obligation; et la réponse à la question qui vient d'être posée, variera suivant que cette cause sera soit un cas fortuit, *casus;* soit la faute, *culpa;* ou le dol, *dolus*, du défendeur.

1re hypothèse : *casus*. Le possesseur de bonne foi est libéré; ayant la conviction qu'il est propriétaire, il a défendu ce qu'il croyait être son droit; il n'encourt aucun reproche pour avoir résisté à une action qu'il considérait comme injuste; il ne répond pas de la perte fortuite.

Le possesseur de mauvaise foi n'a pas la même excuse; il a eu tort de ne pas s'incliner; il est en faute pour avoir soutenu le procès; et c'est à cause de cette faute que le demandeur n'a pas obtenu satisfaction. Il suit de là qu'en principe la responsabilité du possesseur de mauvaise foi est engagée.

Cependant devra-t-il toujours des dommages et intérêts? Pas nécessairement. Si la chose eût dû avoir le même sort chez le demandeur, celui-ci n'aura droit à rien; et pourquoi? Parce que, dans ce cas, le préjudice qu'il subit n'est pas la conséquence de la faute du défendeur.

Mais il va sans dire que la solution serait autre si, dans la même espèce, il avait été possible au demandeur d'éviter cette perte, en tout ou en partie. Alors la résistance de l'adversaire lui aurait causé un dommage; et il serait fondé à en réclamer la réparation, en vertu des règles générales sur les dommages et intérêts.

2me hypothèse : *culpa*. Le défendeur est toujours responsable; mais la mesure de sa responsabilité diffère, selon qu'il est de bonne ou de mauvaise foi. Est-il de bonne foi, l'indemnité, qui est due au demandeur, est fixée par le juge, d'après les modes de preuve ordinaires ; et, en retour de cette indemnité, le demandeur est obligé de céder les actions qui lui appartiennent relativement à la chose revendiquée.

Le possesseur de mauvaise foi est traité plus sévèrement, en ce sens que :

1. Pour l'évaluation du dommage, il est permis au juge de déférer le serment au demandeur, *jusjurandum in litem ;*

2. Le demandeur n'est tenu à aucune cession d'actions.

3me hypothèse : *dolus*. Il n'y a plus de différence entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Tout défendeur indistinctement est alors soumis au régime qui s'applique, dans la deuxième hypothèse, au possesseur de mauvaise foi.

§ 67.

II. *Action négatoire.*

La revendication n'est pas sans offrir quelque ressemblance avec les *interdicta recuperandæ possessionis*. L'analogie est plus grande encore entre l'action négatoire et l'*interdictum retinendæ possessionis*. Aussi n'aurons-nous guère qu'à reproduire ici les explications dont cet interdit a été l'objet, sauf à substituer le mot « propriété » au mot « possession ».

Ainsi l'action négatoire protège la propriété contre toute lésion, qui se borne à un simple trouble dans l'exercice de ce droit.

Ainsi encore, ce trouble ne donne naissance à l'action négatoire, que s'il est inspiré par une prétention contraire au droit de propriété. En l'absence de pareille prétention, ce droit n'est pas réellement lésé, et il n'existe aucune raison de constater judiciairement qu'il est intact; de sorte que la base et le but principal de l'action négatoire font également défaut.

D'après ce qui précède, qui sera demandeur? L'intéressé direct, le titulaire du droit lésé, c'est-à-dire le propriétaire; c'est à lui que l'action appartient directement, et il semble qu'elle ne peut appartenir qu'à lui. Cependant il n'est pas impossible que d'autres aient aussi intérêt à ce qu'elle soit intentée, par exemple l'usufruitier, l'emphytéote, le locataire. Si cet intérêt se fonde sur un *jus in re*, l'action est donnée par extension, *utiliter*, au titulaire de ce *jus in re*. Si, au contraire, cet intérêt ne procède que d'un droit d'obligation, la loi n'accorde pas l'action néga-

toire; mais l'intéressé a le moyen de contraindre son débiteur à agir lui-même : il n'a qu'à recourir, pour cela, à l'*actio in personam* qui lui compète contre ce dernier; et c'est précisément parce que le titulaire d'un *jus in re* n'a pas la même ressource, que la négatoire lui a été attribuée.

Qui sera défendeur? L'auteur de la lésion telle qu'elle a été définie ci-dessus.

Quelle preuve incombera au demandeur? Il devra établir l'acquisition du droit de propriété dont il se prévaut, et l'existence de la lésion qu'il impute au défendeur. Mais si celui-ci prétend être fondé à troubler le propriétaire, ainsi qu'il l'a fait, par exemple, à raison d'une servitude qui lui appartient, ce sera à lui d'en justifier. En effet, le demandeur ne doit prouver que les points sur lesquels il base son action; et il n'a pas été dérogé à ce principe dans la négatoire. D'ailleurs, le droit de propriété est, de sa nature, absolu et exclusif, donc libre de servitude; par conséquent, la preuve de la propriété contient virtuellement la preuve de l'inexistence de la servitude invoquée; et si le défendeur soutient qu'il en est autrement, il est tenu de le démontrer.

Quant au but de l'action, et au résultat qu'elle amène lorsque le demandeur obtient gain de cause, c'est d'abord la négation de la restriction que le défendeur entendait imposer à la propriété, ou, en d'autres termes, la déclaration que la propriété n'est pas soumise à cette restriction; puis, comme conséquence, la condamnation de ce dernier à cesser de troubler le demandeur, ainsi qu'à réparer le préjudice qu'il lui a causé. De plus, il est loisible au juge d'exiger une caution dans le but de prévenir toute lésion ultérieure, *cautio ne ampliùs turbetur*.

APPENDICE.

ACTION PUBLICIENNE.

---

§ 68.

Introduction historique.

Nous avons vu, au § 43, que cette action a été créée pour le bonitaire qui avait perdu la possession. Il était *in conditione usucapiendi*, et personne au monde n'avait un moyen légal d'empêcher l'usucapion, puisque tout propriétaire quiritaire, quel qu'il fût, pouvait être écarté par l'*exceptio doli* ou par l'*exceptio rei venditæ et traditæ;* dès lors, *Publicius* avait considéré l'usucapion comme accomplie, et avait donné au bonitaire une action analogue à la revendication. Nous avons dit aussi que, dans cette espèce, pour laquelle l'action publicienne avait été faite, et par le motif qui vient d'être indiqué, la fiction qui servait de base à l'action était absolue ; la publicienne avait, pour le bonitaire, la même portée que la revendication ; et il l'intentait, avec succès, contre tout détenteur quelconque, fût-ce même contre le quiritaire. Il n'en est plus ainsi dans l'application qu'a reçue ultérieurement l'innovation de *Publicius*. En effet, quand, au lieu du bonitaire, c'est un simple possesseur qui est *in conditione usucapiendi*, il n'est plus vrai de dire qu'il n'existe aucun

moyen légal pour l'empêcher de devenir propriétaire. Aussi, bien que l'action ait encore pour fondement la fiction originaire qui consiste à considérer comme accomplie une usucapion qui n'est que commencée, cette fiction n'a pourtant plus le même caractère, et l'action n'a plus, à beaucoup près, la même efficacité. Entre les mains du bonitaire, elle équivalait à la revendication; grâce à elle, il l'emportait sur tout défendeur, quel qu'il fût. Pour tout autre possesseur, elle vaut moins que la revendication; elle ne lui donne le pas que sur ceux qui ont un titre inférieur au sien; elle n'est efficace que si la situation du demandeur est plus favorable que celle du défendeur. Sans cette condition, rien n'est changé au *statu quo;* et, par suite, la possession reste au défendeur : *melior est causa possidentis*.

Quoi qu'il en soit, au point de vue où nous en sommes, la publicienne repose toujours sur la même fiction, et constitue toujours une action analogue à la revendication. Elle est donc accordée à celui qui avait été *in conditione usucapiendi* et qui, avant d'arriver au terme de l'usucapion, avait cessé de posséder. D'où il suit que les conditions requises pour y donner lieu sont, d'une part, que le demandeur ait été *in conditione usucapiendi*; d'autre part, que le défendeur ait actuellement la possession. Le demandeur doit donc avoir eu la possession avec bonne foi et juste titre. Mais faut-il que cette possession ait eu une certaine durée? Nullement; si courte qu'elle ait été, n'eût-elle duré qu'un instant, elle suffit pour attribuer la publicienne. De plus, ne l'oublions pas, cette possession est perdue par le demandeur; elle est passée au défendeur; et, une fois perdue par le demandeur, elle n'a plus aucune valeur pour lui au point de vue de l'usucapion; voir § 60.

S'il en est ainsi, la possession qu'a eue le demandeur est sans importance réelle; ce qui le rend digne d'égards, c'est le juste titre et la bonne foi; et quand il réunit ces deux points, la possession n'y ajoute absolument rien dans l'ordre d'idées de la publicienne. Voilà pourquoi cette dernière condition n'a pas été rigoureusement maintenue; il suffisait de l'avoir eue, ne fût-ce qu'une seconde; on estima qu'autant valait ne l'avoir pas eue du tout; et l'on donna l'action, même dans le cas où le demandeur n'avait jamais possédé. Alors, on le voit, elle a perdu quelque peu de son caractère primitif; elle n'a plus, pour base, la fiction admise par *Publicius;* il n'est plus nécessaire que le demandeur ait été *in conditione usucapiendi;* tout ce que la loi exige dans le chef de ce dernier, c'est l'existence de la bonne foi et d'un juste titre; et comme la bonne foi se présume, il n'a à justifier que du juste titre ou de la juste cause d'acquisition, c'est-à-dire de l'achat, de l'échange, de la donation, etc., dont il se prévaut.

Ce fut là le point de départ d'une nouvelle extension que reçut la publicienne; extension considérable, et qu'il importe de noter dès à présent pour tracer le tableau complet du développement historique de cette action. Jusqu'ici, conformément à l'idée qui a présidé à sa création, elle ne s'applique qu'à ce qui peut s'acquérir par usucapion, c'est-à-dire aux choses corporelles *in commercio*, et aux servitudes. Mais du jour où le demandeur ne doit plus nécessairement avoir eu la possession, on commence à perdre de vue la fiction originaire, pour ne tenir compte que de la bonne foi et du juste titre; et l'on finit par soumettre au principe de la publicienne, même les *jura in re* qui ne sont susceptibles ni de possession, ni d'usucapion. C'est ainsi que cette action, après avoir eu d'abord pour

objet les choses corporelles et les servitudes exclusivement, a été étendue également aux autres *jura in re;* et qu'elle en est arrivée à suppléer toutes les actions qui servent à protéger, non seulement la propriété, mais encore tous les *jura in re* indistinctement.

Nous n'avons à traiter, dans le présent chapitre, que de l'application faite aux choses corporelles; ce sera l'objet du paragraphe qui va suivre. Quant aux autres applications, elles seront indiquées lors de l'examen de chacun des *jura in re.*

§ 69.

Application aux choses corporelles.

L'exposé historique qui précède contient, en substance, la réponse à toutes les questions que présente la publicienne.

A qui appartient-elle? A celui qui, réunissant la bonne foi et le juste titre, n'a pas la possession.

Que devra prouver le demandeur? Conformément aux règles générales, l'existence des éléments qui servent de base à l'action. Seulement, le juste titre étant établi, la bonne foi se présume; et si le défendeur allègue la mauvaise foi, c'est à lui que la preuve incombe; de telle sorte que, indépendamment de la possession dans le chef du défendeur, le demandeur n'a à justifier, dans son propre chef, que d'un juste titre ou d'une juste cause d'acquisition, par exemple la vente, la donation, la constitution de dot, etc., etc., en vertu de laquelle la chose avait dû lui être fournie.

Contre qui est-elle donnée? Contre le possesseur, le détenteur, et même aussi contre le *fictus possessor*, comme la revendication. Mais pour qu'elle soit efficace, il faudra que le titre du demandeur soit supérieur à celui du défendeur. Il résulte de là, qu'en général le demandeur succombera contre le propriétaire; et qu'il aura gain de cause contre un possesseur de mauvaise foi; mais que décider s'il lutte contre un possesseur de bonne foi? A première vue, il semblerait que le demandeur est alors dans une situation égale à celle du défendeur; et ce serait déjà un motif suffisant pour donner la préférence à ce dernier, *in pari causâ melior est conditio possidentis*. Mais il y a plus : alors même que le demandeur aurait eu la possession, et l'aurait eue plus longtemps que le défendeur, il ne l'a plus actuellement; or, une fois perdue par le demandeur pour passer au défendeur, la possession n'a plus de valeur, au point de vue de l'usucapion, que pour le défendeur exclusivement. Il s'ensuit qu'en réalité la position du demandeur est inférieure à celle du défendeur, et qu'en conséquence il échouera incontestablement dans son action. Il n'en sera autrement que dans l'hypothèse où les deux parties tiendraient la possession du même auteur, et où le demandeur l'aurait obtenue le premier. Voici comment s'explique cette disposition. S'il s'agissait de la propriété, et que le propriétaire, après avoir promis la même chose à deux personnes l'une après l'autre, l'eût livrée successivement à toutes deux, l'*accipiens* dans la première tradition serait préféré, et aurait seul acquis le droit de propriété. On a étendu, par analogie, la même solution à la possession; et celui qui a été, le premier, mis en possession obtient également la préférence; son titre, à raison de cette circonstance,

est considéré comme supérieur à celui de son adversaire.

Quant au but et aux effets de l'action, ce sont ceux de la revendication; sauf, bien entendu, la reconnaissance du droit de propriété, dont il ne peut évidemment pas être question.

restitution de la chose avec les accessoires.

V. cahier p. 140

revendication
interd. recup. poss.
publicienne
} pour but la restitution

propriété — action négatoire
possession — interd. retin. poss.
servitudes — action confessoire
} protègent contre les lésions

TITRE DEUXIÈME.

DES SERVITUDES.

CHAPITRE PREMIER.

GÉNÉRALITÉS.

§ 70.

Notion et division.

La servitude est un *jus in re*, établi en faveur d'un individu ou d'un fonds, invariablement déterminé.

La servitude doit être envisagée passivement et activement. Passivement, elle est une charge et porte atteinte au caractère absolu, ou au caractère exclusif du droit de propriété. Elle astreint le propriétaire, ou bien à ne plus user de quelqu'attribut inhérent à son droit, *non faciendo*; ou bien à souffrir que sa chose soit, dans une certaine mesure, à la disposition d'un autre, *patiendo*. On pourrait être tenté de croire qu'il y a une troisième espèce de restriction, laquelle consisterait en ce que le propriétaire serait tenu de faire quelque chose, *faciendo*. Mais pareil engagement n'engendrerait pas une servitude : d'abord,

parce que le droit qui en résulte ne serait pas un démembrement de la propriété; ensuite, parce qu'il aurait pour objet une personne, et non pas une chose; d'où il suit qu'il pourrait constituer un droit *d'obligation*, mais non un droit *réel*.

Activement, et c'est là la particularité qui la distingue des autres *jura in re*, la servitude existe au profit d'une personne ou d'un fonds, déterminé d'une manière individuelle et invariable. Dans le premier cas, elle s'appelle personnelle; c'est telle personne, qui est le sujet du droit, et rien qu'elle; à ce point que le droit n'est ni cessible, ni même transmissible aux héritiers. Dans le second cas, on la nomme réelle, ou mieux : prédiale; elle est attachée à tel fonds déterminé, et ne compète qu'au propriétaire de ce fonds; de telle sorte qu'elle n'est cessible ou transmissible qu'avec le fonds même.

Il y a un grand nombre de servitudes prédiales; nous indiquerons ci-après les principales. Les servitudes personnelles sont également assez nombreuses; il en est quatre, qui ont un nom : l'usufruit, l'usage, l'habitation et les *operæ servorum*; nous n'examinerons que les deux premières, parce qu'elles seules ont de l'importance; quant aux deux autres, il suffit d'en connaître le nom. Mais avant d'aborder cette étude détaillée, il convient d'exposer les règles générales, applicables à toutes les servitudes.

§ 71.

Règles applicables aux servitudes.

De ces règles, il en est qui tiennent à la nature même des *jura in re,* et qui, partant, les régissent tous indistinctement; d'autres sont spéciales aux servitudes. Voici, d'abord, celles qui rentrent dans la première catégorie :

1. La servitude est contraire à la nature du droit de propriété. Il suit de là :

a. Qu'elle ne se présume pas. C'est à celui qui s'en prévaut d'en prouver l'existence et l'étendue; et, dans le doute, c'est l'interprétation favorable à la propriété qui est préférée;

b. Qu'elle doit procurer un avantage à la personne ou au fonds, en faveur duquel elle est établie;

c. Qu'il faut en user *civiliter*, de la manière la moins onéreuse pour la chose grevée.

2. Il n'est pas possible d'avoir une servitude sur sa propre chose : *Nemini res sua servit*. Par conséquent :

a. L'acte qui aurait pour but de grever une chose au profit du propriétaire de cette chose, serait nul.

b. La réunion, sur une même tête, de la servitude et de la propriété de la chose asservie éteint la servitude.

Les règles que comprend la seconde catégorie sont les suivantes :

1. Une servitude ne peut pas être greffée sur une autre, *servitus servitutis esse non potest;* pourquoi? Parce qu'elle est un démembrement de la propriété même. D'après cela, il semble que tous les *jura in re* devraient être également soumis à cette règle; et que celle-ci devrait

être rangée, non dans la seconde, mais dans la première catégorie. Il n'en est pas ainsi. On s'est écarté du principe pour les autres *jura in re;* nous le verrons aux titres qui leur sont consacrés; et il n'a été maintenu, dans toute sa rigueur, que pour les servitudes.

2. La servitude est indivisible. En effet, qu'on l'envisage au point de vue de la charge qu'elle impose à la chose grevée, ou de l'avantage qu'elle confère au titulaire du droit, la servitude n'est pas susceptible d'un fractionnement ou d'une division juridique. Toutefois, à cet égard, on a trouvé une différence entre l'usufruit et les autres servitudes. Les fruits, qui constituent l'objet le plus important de l'usufruit, sont divisibles; partant de là, et ne considérant que cet objet, on a déclaré l'usufruit lui-même divisible. Mais, sauf cette exception, toutes les servitudes sont essentiellement indivisibles; et, en conséquence, il est impossible qu'elles s'établissent, qu'elles s'exercent, ou qu'elles s'éteignent partiellement.

3. La servitude peut être possédée, ou plutôt quasi possédée. On entend par quasi-possession, le fait, ou la possibilité physique, d'exercer les attributs inhérents au droit de servitude, peu importe qu'on ait ce droit ou qu'on ne l'ait pas; et l'on y applique, autant que possible, les principes qui régissent la possession proprement dite. A première vue, on se figurera peut-être que l'idée de la quasi-possession se prêterait à un développement plus considérable encore, et qu'elle pourrait embrasser toutes les choses incorporelles. Il n'en est rien; la nature de ces choses fait obstacle à une pareille extension; et, même parmi les servitudes, il aurait fallu distinguer. Car lorsqu'on examine la possession proprement dite, c'est-à-dire celle des choses corporelles, on remarque qu'en général

elle se manifeste extérieurement d'une manière palpable, et exempte de toute équivoque; de plus, qu'une fois acquise, elle crée une situation stable et permanente, dont l'avantage se maintient, sans qu'aucun fait soit nécessaire de la part du possesseur. En d'autres termes, la possession est *apparente et continue*; et c'est ce qui explique les effets que la loi y attache. Or, sous ce double rapport, la *quasi*-possession laisse souvent à désirer; et s'il y a des servitudes où l'on rencontre les deux caractères qui viennent d'être indiqués, par exemple, la *servitus oneris ferendi*; il y en a aussi, comme la *servitus itineris*, la *servitus altiùs non tollendi*, où ils ne se trouvent pas réunis. Dès lors que commandait la logique? De n'admettre la quasi-possession que pour les servitudes qui sont à la fois apparentes et continues. Cette distinction rationnelle n'a pas été faite; la quasi-possession a été appliquée à toutes les servitudes; et de là, des difficultés très sérieuses, chaque fois que l'apparence ou la continuité fait défaut. Mais ces difficultés excèdent les limites d'un cours élémentaire. Nous nous bornerons donc à formuler la règle, d'après laquelle les servitudes sont susceptibles de quasi-possession; et à énoncer les deux conséquences les plus intéressantes qui en résultent, savoir :

1. Qu'elles donnent lieu aux interdits possessoires;
2. Qu'elles sont susceptibles de s'acquérir par usucapion.

CHAPITRE II.

DES PRINCIPALES SERVITUDES PERSONNELLES.

I. Usufruit.

§ 72.

Notion, et droits y attachés.

L'usufruit est une servitude personnelle, qui donne le droit d'user et de jouir de la chose d'autrui, à charge d'en conserver la substance. Les personnes que la servitude met en présence s'appellent : l'une, usufruitier; l'autre, nu-propriétaire.

D'après la définition qui précède, l'usufruitier a donc :

1. *Usus*, le droit de se servir de la chose grevée, telle qu'elle est, avec les accessoires qui en dépendent;

2. *Fructus*, la faculté d'en percevoir tous les fruits, soit naturels, soit civils.

Nous avons vu, au § 14, ce qu'il faut entendre par fruit; et presque toujours, la règle qui vient d'être énoncée est d'une application très facile. Il est cependant des cas où la définition du mot fruit, prise à la lettre, aurait rendu l'usufruit pour ainsi dire illusoire. La loi est alors intervenue; elle s'est attachée, de préférence, à l'usage consacré par le propriétaire lui-même; et elle a considéré comme fruits, les produits que ce dernier avait l'habitude de retirer périodiquement. Tel est le principe, auquel ont été soumises les plantations de toute nature : pépinière, bois-taillis, etc.; l'usufruitier est en droit de pren-

dre ce qui, suivant l'usage, représente, pour le propriétaire même, la jouissance de ces plantations. De même, pour les fonds qui contiennent des mines ou des carrières, il faut voir comment le propriétaire en tirait parti. Étaient-elles déjà ouvertes, lorsque l'usufruit prend naissance, l'usufruitier est autorisé à en continuer l'exploitation. Au contraire, le fonds était-il livré à l'agriculture, l'usufruitier est tenu de lui laisser cette destination; il ne lui appartient pas d'y ouvrir des mines ou carrières.

Les fruits civils reviennent à l'usufruitier, aussi bien que les fruits naturels. Mais il ne les acquiert pas tous de la même façon. Nous savons qu'il devient propriétaire des fruits naturels par la perception (voir § 50). Quant aux fruits civils, ils s'acquièrent jour par jour; et par conséquent, ils lui sont attribués en proportion du temps qu'a duré son droit. Encore faut-il distinguer les fermages des autres fruits civils; car ils ne sont dus à l'usufruitier, que pour autant que la perception des fruits naturels par le fermier ait eu lieu pendant la durée de l'usufruit. De sorte que, lors de l'extinction de l'usufruit, de trois choses l'une : ou la récolte n'est pas commencée; ou elle est terminée; ou bien elle a été faite partiellement. Dans le premier cas, l'usufruitier n'a droit à rien; dans le second, les fermages lui appartiennent intégralement; dans le troisième, il en a acquis une part, laquelle se calcule, en comparant les fruits perçus avec ceux qui restent à percevoir.

Ces dispositions relatives aux fruits civils, paraissent, au premier abord, quelque peu arbitraires; mais, au fond, elles sont éminemment rationnelles, puisque, quelque diversité qu'elles présentent, elles n'ont toutes qu'un seul et même but : mettre l'usufruitier dans la situation

où il se serait trouvé, s'il avait eu, directement et par lui-même, la jouissance de la chose grevée.

Cession de l'exercice de l'usufruit.

Il est loisible à l'usufruitier de céder à un autre l'exercice de son droit : par exemple, en donnant la chose à bail. Le droit continue alors à résider sur la tête du cédant; et lorsqu'il s'éteint, il va de soi qu'il n'est plus permis au cessionnaire de s'en prévaloir. Mais l'usufruitier pourrait-il aller plus loin, et transférer à un autre l'usufruit même? Évidemment non; ce droit étant une servitude personnelle, il est impossible de l'aliéner; et pareille aliénation, si elle avait été consentie, serait considérée comme non avenue.

§ 73.

Restrictions que l'usufruit impose au droit de propriété.

L'étendue de ces restrictions est déterminée par le principe que la servitude est un droit réel, et par la conclusion que nous en avons tirée au § 70, savoir : que la servitude consiste *patiendo*, ou *non faciendo*, mais non pas *faciendo*. S'il en est ainsi, en quoi donc la propriété est-elle restreinte par l'existence d'un usufruit? en ce que le propriétaire est tenu de souffrir l'exercice de l'usufruit, mais non de faire une prestation quelconque en faveur de l'usufruitier. La charge que l'usufruit impose au nu-propriétaire l'astreint purement et simplement à subir l'usage et la jouissance de la chose par l'usufruitier, et à s'abstenir d'y apporter quelqu'entrave. Il suit de là : d'une part, que l'usufruitier prend la chose telle qu'elle est; et que, si elle se trouve en mauvais état, il ne peut pas contraindre le nu-propriétaire à la réparer. D'autre part,

que le nu-propriétaire ne peut pas concéder sur la chose un droit d'emphytéose ou de superficie; mais qu'il conserve le pouvoir de l'aliéner et de l'hypothéquer. Quant aux servitudes, il faut distinguer : il en est qui n'entameraient en rien les avantages attachés à l'usufruit, par exemple, la *servitus altiùs non tollendi;* tandis que d'autres, comme la *servitus itineris*, porteraient atteinte à ces avantages. Le nu-propriétaire reste libre d'établir les premières; mais il n'a pas la faculté de créer celles qui rentrent dans la seconde catégorie; et ces dernières ne pourraient pas être constituées, même avec le consentement de l'usufruitier : c'est là une application rigoureuse de l'adage : *Servitus servitutis esse non potest.*

§ 74.

Charges et obligations de l'usufruitier.

Dans l'ordre chronologique, l'usufruitier a d'abord à donner caution pour garantir l'accomplissement des diverses charges que la loi lui impose. Cette caution doit être fournie avant l'entrée en jouissance; et tant qu'elle ne l'a pas été, le nu-propriétaire peut refuser de se dessaisir de la chose.

Durant l'usufruit, l'usufruitier a les obligations suivantes :

1. User et jouir en bon père de famille, c'est-à-dire, en homme soigneux. Il répond de la perte, soit totale, soit partielle, qui provient de son dol ou de sa faute ;

2. Conserver la substance de la chose et laisser à celle-ci sa destination. Tout changement lui est interdit, alors même qu'il ne serait nullement préjudiciable; de

sorte que cette seconde obligation ne se confond pas avec la première;

3. Supporter tout ce qui est considéré comme charge des fruits. C'est ainsi, qu'il doit payer les impôts. C'est ainsi encore, que les réparations d'entretien lui incombent; mais il n'est pas tenu des grosses réparations, du moment qu'elles ne sont pas devenues nécessaires par une cause qui lui serait imputable.

§ 75.

Quasi-usufruit.

De l'obligation, qu'a l'usufruitier, de conserver la substance de la chose, il résulte qu'il est impossible d'établir sur les choses consomptibles un véritable droit d'usufruit. Cependant il se peut qu'une hérédité comprenne uniquement des choses consomptibles, et que les legs faits par le *de cujus* n'aient pour objet que l'usufruit. Il y avait même une loi (*julia et papia poppæa*), qui dans certains cas ne permettait pas d'autres dispositions. Qu'arrivait-il si l'on s'en tenait à la règle ci-dessus énoncée? C'est que ces dispositions étaient illusoires; ce qui était contraire à la volonté du disposant et dépassait le but du législateur. Pour éviter ce résultat, on abandonna le système originaire, et l'on créa, pour les choses consomptibles, une institution plus ou moins analogue à l'usufruit, laquelle est connue sous le nom de quasi-usufruit. Voici en quoi elle consiste :

Le quasi-usufruitier a la propriété des choses consomptibles; à charge de rendre, en nature, l'équivalent de ce qu'il a reçu, c'est-à-dire autant de même espèce et

qualité; à moins, pourtant, que les choses n'aient été estimées dans l'acte constitutif : auquel cas, c'est le montant de l'estimation qui doit être restitué. Pour assurer l'exécution de cette obligation, le quasi-usufruitier est tenu de fournir caution.

Le quasi-usufruit ressemble donc à l'usufruit, en ce que les avantages que l'un et l'autre confèrent cessent à la mort du titulaire, et que les obligations qui en dérivent sont garanties par une caution. Mais, par leur nature même et leurs éléments intrinsèques, ils diffèrent du tout au tout. En effet :

1. L'usufruitier n'a qu'un *jus in re*, un droit sur la chose d'autrui, et resserré dans les limites qui ont été ci-dessus exposées. Le quasi-usufruitier est propriétaire, et, partant, libre d'user et de disposer comme bon lui semble.

2. L'usufruitier a l'obligation de restituer, *in specie*, la chose même grevée d'usufruit; et il ne répond pas de la perte, totale ou partielle, qui provient soit d'un cas fortuit, soit de l'usage normal et régulier auquel elle est destinée. Le quasi-usufruitier, au contraire, doit remettre, non pas les choses mêmes qu'il a reçues, mais leur équivalent; et par conséquent, c'est sur lui que retombent toutes les pertes ou détériorations que ces choses subissent, quelle qu'en soit la cause.

Cette comparaison montre l'importance de la question qui se présente relativement aux objets, dont il est possible de se servir sans les consommer, mais non sans les détériorer; par exemple, le linge, les habillements, etc. Quand il s'agit de ces objets, sont-ce les règles de l'usufruit ou du quasi-usufruit qu'il faudra appliquer? et, spécialement, qui supportera la dépréciation produite par un

accident, par la vétusté, ou même par l'usage ordinaire auquel ils auront été employés? Cette question se résout par une distinction. Les choses ont-elles été estimées lors de la constitution du droit, celui-ci a pour objet le montant de l'estimation, et par suite est traité comme quasi-usufruit. A défaut d'estimation, la disposition porte sur des choses non consomptibles, et reste en conséquence soumise au régime de l'usufruit.

§ 76.

II. Usage.

Des deux éléments que comprend l'usufruit, *usus* et *fructus*, le premier peut être érigé, seul, en servitude personnelle. On l'appelle usage, *usus*.

Quel est donc le droit de l'usager? De se servir de la chose; sans en prendre les fruits, ni aucun produit quelconque. Tel était l'unique attribut inhérent à cette servitude; et à l'origine, elle était maintenue strictement dans ces limites. Mais inspiré par le motif qui conduisit à la création du quasi-usufruit, on fut amené à étendre parfois les prérogatives de l'usager. En effet, dans certains cas, à raison même de la nature de l'objet grevé, le droit d'usage, interprété selon la rigueur primitive, n'aurait conféré aucun avantage sérieux; que fit-on alors? Pour ne pas réduire le droit à rien, ou peu s'en faut, on le laissa empiéter quelque peu sur la jouissance. C'est ainsi que l'usager d'un troupeau fut autorisé à en tirer le lait, nécessaire à ses besoins et à ceux de sa famille; que l'usager d'un fonds eut la faculté de prendre, dans la même mesure, des légumes, des fruits, du bois, etc. Il se

peut même que l'empiètement aille jusqu'à une confusion complète avec l'usufruit; c'est ce qui arrive pour les plantations, et pour les choses consomptibles. D'un autre côté, par le motif que cette servitude confère l'*usus* à l'exclusion du *fructus*, l'usager ne peut pas tirer de la chose des fruits civils, pas plus que des fruits naturels; et dès lors, il ne lui est pas permis de céder, même l'exercice de son droit. Mais s'il s'agit de choses destinées à être louées, par exemple de chevaux ou de voitures de louage, il a bien fallu s'écarter de la rigueur du principe, sous peine de nuire au propriétaire, au moins autant qu'à l'usager; et pour conserver la substance de la chose, pour laisser à celle-ci sa destination et sa valeur, l'usager a le droit, voire même l'obligation de continuer à donner la chose en location.

Toutefois, quelque considérables que soient ces usurpations sur le domaine de la jouissance, elles n'ont pas été substituées d'une manière générale à la règle. Elles n'ont été admises que par nécessité, et à titre d'exceptions. Du moment où cette nécessité fait défaut, la règle reprend son empire : l'usager n'a que l'usage, et rien de la jouissance.

Les charges qui incombent à l'usager sont analogues à celles de l'usufruitier : il doit conserver la substance de la chose, en user en bon père de famille, et fournir caution; mais il n'est tenu des réparations d'entretien et des impôts que lorsqu'il a droit aux fruits, et qu'il va même jusqu'à les absorber entièrement.

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES PRÉDIALES.

§ 77.

Définition et division.

La servitude prédiale est une charge qui grève un fonds au profit d'un autre. Ces deux fonds doivent appartenir à des propriétaires différents : *nemini res sua servit*; ils s'appellent : l'un, fonds servant; l'autre, fonds dominant; et la servitude prédiale a pour élément caractéristique que le fonds dominant est le sujet de cette servitude, en ce sens qu'elle compète au propriétaire du fonds comme tel; de là, les conséquences suivantes :

a. Elle doit procurer un avantage au fonds et rendre sa condition meilleure ou plus agréable.

b. Il n'est permis d'en user que pour le fonds dominant; et son étendue se mesure aux besoins de ce fonds.

c. Elle est inhérente au fonds; elle n'est cessible ou transmissible qu'avec lui; et elle le suit en quelques mains qu'il vienne à passer; ce qui fait que sa durée est naturellement indéfinie.

La première de ces conséquences n'est que l'application des principes qui dominent toutes les servitudes; et il va de soi que ces principes régissent les servitudes prédiales. Mais celles-ci sont encore soumises à trois autres règles, qui leur sont propres, savoir :

1. Il faut que les deux fonds soient voisins, *vicina*, c'est-à-dire dans une situation telle, que la servitude puisse

s'exercer sur l'un en faveur de l'autre. Cette notion de la *vicinitas* est donc toute relative; et, selon la nature ou la consistance du droit concédé, tantôt elle implique nécessairement contiguïté des deux fonds, par exemple dans la *servitus oneris ferendi;* tantôt elle ne l'implique pas, par exemple dans la *servitus itineris;* pourvu, bien entendu, que sur l'espace, qui sépare les deux fonds, il n'y ait pas d'obstacle au passage.

2. La servitude prédiale doit avoir une *causa perpetua*. On entend par là, la possibilité d'user de la servitude, continuellement, et sans interruption, toutes les fois que les besoins du fonds dominant l'exigent. Cette possibilité fait défaut, lorsque l'élément, qui forme l'objet d'une concession, n'a qu'une existence accidentelle ou passagère, et est de nature à s'épuiser de lui-même ou par l'usage qui en est fait; ou bien encore, lorsque cet usage est subordonné à la volonté d'une personne, autre que celle à laquelle le droit appartient.

Il y a donc absence de *causa perpetua* dans tout avantage, où se rencontre l'une ou l'autre de ces deux circonstances; et par suite, il est impossible d'ériger cet avantage à titre de servitude prédiale. Tel serait, par exemple, le droit de puiser de l'eau, soit dans une mare provenant d'inondation, soit dans un étang qui n'est pas alimenté par une source vive; soit même dans un ruisseau ou une rivière, mais pour autant seulement qu'un barrage aurait été établi par une personne autre que le bénéficiaire du droit.

3. La servitude prédiale ne peut être constituée, ni sous condition, ni à terme.

De ces trois règles, la première est presque triviale. La seconde dérive du caractère de la servitude prédiale;

car existant pour les besoins du fonds dominant, il semble assez naturel qu'elle doit pouvoir être exercée aussi souvent que ces besoins le réclament.

La troisième règle est arbitraire et injustifiable. Elle allait de soi dans l'ancien droit, alors que les servitudes prédiales s'établissaient par *in jure cessio* et par *mancipatio* ; puisque ces actes juridiques, à raison même de leur mécanisme, n'admettaient ni condition ni terme. Il résultait de là que, dans l'un comme dans l'autre, l'établissement du droit réel était nécessairement pur et simple ; et que la convention, dans laquelle on se serait mis d'accord pour y apposer une condition ou un terme, aurait, à la vérité, créé un *droit d'obligation* entre les parties, mais n'aurait eu aucune influence sur le *droit réel* lui-même. — Mais quand la *mancipatio* et l'*in jure cessio* eurent disparu, c'est la convention qui, dans la matière des servitudes, vint les remplacer. Or, qu'est-ce qui fait la force d'une convention et en détermine la portée? La volonté commune qui y a présidé. Dès lors, il aurait fallu admettre la volonté commune tout entière, y compris la condition ou le terme sur lequel elle aurait porté. Cette solution logique n'a pas été adoptée ; la règle ancienne a été maintenue, bien qu'elle n'eût plus de raison d'être ; et elle a naturellement conservé la signification qu'elle avait originairement ; c'est-à-dire que la condition et le terme produisent seulement une obligation entre les parties, mais sont sans effet sur la servitude prédiale elle-même. De telle sorte que l'action confessoire sera donnée à tout propriétaire, quel qu'il soit, du fonds dominant ; et que l'*exceptio doli*, tirée de cette obligation, ne sera opposable au demandeur, que pour autant que la dite obligation lui incombe.

Les servitudes prédiales se subdivisent en urbaines et rurales. D'habitude, on définit la servitude urbaine, celle qui est établie au profit d'un *prædium urbanum*; rurale, celle qui existe en faveur d'un *prædium rusticum*; et il est probable, comme l'indiquent les mots eux-mêmes, qu'il en était ainsi primitivement, le fonds dominant communiquant sa qualification à la servitude. Mais quand on va au fond des choses, on s'aperçoit que la différence entre les deux catégories tient plutôt à la nature même des prérogatives qui y sont attachées. Ainsi, les servitudes urbaines attribuent la jouissance d'une situation déterminée, et la faculté d'empêcher qu'il n'y soit porté atteinte; en d'autres termes, elles donnent un *jus habendi*, ou un *jus prohibendi*; tandis que les servitudes rurales confèrent la faculté de faire quelque chose, *jus faciendi*. C'est cette différence intrinsèque qui a servi de base à la subdivision des servitudes prédiales, et qui explique l'importance que cette subdivision a gardée jusqu'en droit nouveau. On s'en convaincra aisément par l'étude, qui va suivre, des deux espèces de servitudes prédiales.

§ 78.

Servitudes urbaines.

Elles tirent leur dénomination, tantôt de l'avantage qu'elles ont pour le fonds dominant; tantôt, de la charge dont elles grèvent le fonds servant. On remarque, dans le premier ordre d'idées:

A 1. Le *jus tigni immittendi*, droit d'avoir des poutres ou d'autres matériaux enfoncés dans le mur du voisin;

2. Le *jus projiciendi ou protegendi*, droit d'avoir

un balcon ou d'autres saillies sur le fonds voisin;

3. La *servitus luminum*, faculté d'avoir des fenêtres dans le mur du voisin ou dans un mur commun.

Dans le second ordre d'idées, les principales sont:

1. La *servitus oneris ferendi*, qui astreint le propriétaire d'un bâtiment à supporter les constructions du voisin. Cette servitude offre une particularité, qui lui a valu le nom de *servitus qualificata* : c'est que le propriétaire du fonds assujetti a, comme tel, l'obligation de tenir en bon état le bâtiment, sur lequel reposent les constructions du fonds dominant; et qu'ainsi, contrairement aux principes généraux, la charge qui en résulte consiste, au moins pour partie, *faciendo*.

2. La *servitus stillicidii vel fluminis recipiendi*, en vertu de laquelle un fonds doit recevoir les eaux pluviales qui tombent d'un bâtiment voisin, soit goutte à goutte, soit rassemblées dans une gouttière.

3. La *servitus altiùs non tollendi*, qui interdit d'élever des constructions, au delà d'une certaine hauteur.

4. La *servitus ne luminibus, ne prospectui officiatur*, qui défend de nuire au jour, ou à la vue, soit par des constructions, soit par des plantations.

§ 79.

Servitudes rurales.

Je me borne à citer les plus usuelles. Ce sont :

1. Le droit de passage. Il présente les variétés suivantes :

a. La *servitus itineris*, qui permet de passer à pied, à cheval, ou même en litière;

b. La *servitus actûs*, qui autorise à conduire des troupeaux, des bêtes de somme et même des voitures;

c. La *servitus viæ*, qui comprend les deux précédentes, et donne, en outre, la faculté non seulement d'employer toutes sortes de voitures, mais encore de transporter des pierres, des poutres et d'autres matériaux;

d. La *servitus navigandi*, droit de passer sur l'étang ou sur le lac du voisin;

2. La *servitus aquæductûs*, droit d'amener de l'eau du fonds d'autrui, ou par le fonds d'autrui, sur notre fonds. Cette servitude autorise à placer des tuyaux sur le terrain assujetti, mais non à y construire des canaux maçonnés;

3. La *servitus aquæ haustûs*, droit de puiser de l'eau sur le fonds voisin;

4. La *servitus pecoris ad aquam appellendi*, droit de faire abreuver des troupeaux à la source d'autrui;

5. Enfin la *servitus pecoris pascendi*, droit de mener paître notre troupeau sur la terre d'autrui.

CHAPITRE IV.

§ 80.

Des actions relatives aux servitudes.

Ces actions sont : les interdits possessoires, la publicienne et la confessoire.

Les interdits possessoires servent ici à protéger la quasi-possession.

L'application de la possession aux servitudes a eu également pour conséquence de les soumettre à la publicienne. En effet, susceptibles d'être possédées, ell[redacted]t [redacted]ceptibles d'être usucapées; et, dès lors, étendant, par analogie, à l'usucapion des servitudes, la fiction admise par *Publicius* dans l'usucapion des choses corporelles, on attribua cette action à celui qui avait possédé la servitude dans les conditions requises pour arriver un jour à l'acquérir. Puis, ainsi qu'en matière de propriété, et pour le même motif, le fait de la possession a fini par n'être plus considéré comme indispensable. De telle sorte qu'en droit nouveau, la publicienne appartient à quiconque peut invoquer une juste cause d'acquisition de la servitude.

L'action confessoire protège le droit de servitude contre toute atteinte qui y est portée.

A qui est-elle donnée?

1. *Directè*, au titulaire de la servitude;

2. *Utiliter*, à ceux qui, à raison d'un *jus in re*, ont intérêt à conserver la servitude. Cette extension a la même portée que celle qu'a reçue l'action négatoire; et elle s'explique par la même considération. (Voir § 67.)

Contre qui? Contre l'auteur de la lésion.

Elle a pour but principal, la reconnaissance de la servitude; et, par suite, la cessation du trouble apporté par le défendeur. Le demandeur a droit aussi à la réparation du dommage qui lui aurait été causé. De plus, le juge peut contraindre le défendeur à fournir caution, pour prévenir tout trouble ultérieur.

Conformément aux principes, le demandeur aura à prouver : d'une part, l'acquisition du droit, en vertu duquel il agit; d'autre part, la lésion qu'il impute au dé-

— Si c'est une servitude prédiale on doit être propriétaire du fonds dominant

— Il faut aussi prouver qu'on a traité avec le propriétaire du fonds servant.

fendeur; et si la première de ces preuves présente des difficultés, il lui est loisible de substituer la publicienne à la confessoire : il suffit alors de justifier d'une juste cause d'acquisition.

CHAPITRE V.

Comment les servitudes s'établissent entre-vifs.

§ 81.

Introduction historique.

Dans l'ancien *jus civile,* le mode général d'établir une servitude était l'*in jure cessio,* employée comme simulacre de l'action confessoire. Les servitudes rurales, étant *res mancipi,* s'acquéraient aussi par *mancipatio.* — De plus, en aliénant une chose par *mancipatio* ou par *in jure cessio,* il était permis de s'en réserver l'usufruit; cette réserve se nommait *deductio.* Ajoutons encore que l'usucapion avait d'abord été appliquée aux servitudes; mais qu'elle avait ensuite été abrogée par la loi *Scribonia.*

Tels étaient les modes usuels qu'avait consacrés le *jus civile.* Aucun de ces modes ne pouvait servir aux pérégrins, ni à l'égard des fonds provinciaux. Que faire alors pour créer une servitude? On se bornait à une convention; et, afin de constater son caractère sérieux, on avait l'habitude d'ajouter, à la convention, la stipulation

d'une peine en cas de contravention. Dès lors celui qui, au mépris de son engagement, empêchait l'exercice de la servitude, encourait la peine promise. On ne s'en tint pas là; on alla jusqu'à assurer directement cet exercice; et dans ce but, une action analogue à la confessoire fut donnée; de la même façon qu'une action analogue à la revendication avait été admise en matière de propriété. De sorte que la servitude, bien que n'étant pas constituée conformément au *jus civile*, était cependant rendue efficace, *tuitione prætoris*. Une protection semblable était accordée, lorsque, pour n'importe quelle cause, les conditions requises par le *jus civile* faisaient défaut, mais que l'une des parties avait de bonne foi usé de la servitude, et que l'autre ne s'y était pas opposée. Le prêteur voyait dans cette double circonstance, *patientia et usus*, une espèce de tradition, conférant la quasi-possession de la servitude; et il la protégeait, tant par les interdits que par l'action publicienne.

Sous Justinien, l'antagonisme entre le droit civil et le droit prétorien cesse pour les servitudes, comme pour la plupart des autres institutions. La *mancipatio* et l'*in jure cessio* ont disparu; et les servitudes s'établissent, entre-vifs, de la manière indiquée au paragraphe qui va suivre.

§ 82.

Modes du droit nouveau.

1. La convention. La constitution d'une servitude étant une aliénation partielle, il résulte de là que, pour y consentir, il faut être propriétaire et capable d'aliéner. Cependant, par extension, on a donné le même pouvoir

à l'emphytéote et au superficiaire ; mais il va sans dire que, dans ce cas, la servitude s'éteint, d'elle-même, quand l'emphytéose et la superficie prennent fin.

Plusieurs jurisconsultes modernes sont d'avis que la convention ne suffit pas ; et que, pour établir une servitude, il faut, en outre, la quasi-tradition du droit. Cette opinion nous paraît inadmissible, et voici pourquoi.

D'abord la loi n'exige que la convention. Voir notamment les Institutes, au § 4, *De servitutibus*, II, 3 :

« *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere potest.* »

Ce texte est catégorique; et si l'on considère le titre sous lequel il figure, ainsi que la suite du passage qui vient d'être transcrit, il est hors de doute que le droit, dont il parle, est un droit de servitude.

En second lieu, il y a des servitudes (celles qui consistent *non faciendo*), à l'égard desquelles la quasi-tradition serait moralement, si pas matériellement impossible; de sorte que subordonner leur constitution à la quasi-tradition, ce serait, pour ainsi dire, les supprimer.

Enfin tous les autres *jura in re* s'établissent, incontestablement, par le seul effet de la convention ; et dès lors, l'opinion, qui se contente aussi de la convention pour les servitudes, en arrive à soumettre, sous ce rapport, tous les *jura in re* à un régime uniforme.

2. L'adjudication. Dans les actions en partage, il est permis au juge de créer une servitude, au profit d'un copartageant, sur la chose qu'il adjuge à un autre ; par exemple un usufruit, un droit de passage, etc.

3. L'usucapion. Après avoir été admise pour toutes les servitudes indistinctement ; puis abolie, également pour toutes, par la loi *Scribonia ;* elle a été rétablie, encore

d'une manière générale, par Justinien. Les conditions auxquelles elle est subordonnée sont :

a. Quasi-possession,

b. Continuée pendant dix ans *inter præsentes*, et vingt ans *inter absentes;*

c. Bonne foi. Un juste titre n'est pas nécessaire; mais il faut :

d. Que la quasi-possession ait été juste *ab initio*, et qu'elle soit restée telle durant les dix ou vingt ans.

4. La loi elle-même. L'usufruit est la seule servitude qui s'acquière de plein droit; par exemple, celui qu'a le père sur le pécule adventice.

5. Par une disposition de dernière volonté surtout pour l'usufruit — (v. p. 165 cahier) 167 —

CHAPITRE VI.

§ 83.

Comment les servitudes s'éteignent.

objet
titre
sujet

Les causes d'extinction peuvent être classées en trois groupes, et rattachées aux trois éléments du droit : le sujet, l'objet, l'acte ou le titre constitutif.

I. Il n'y a qu'une cause tenant à l'objet : c'est la perte de la chose grevée; et le droit cesse, non seulement lorsque cette chose est entièrement anéantie, mais encore quand elle a subi des changements tels, que l'exercice de la servitude est désormais impossible. Toutefois si, par la suite, la chose est remise dans son état primitif, la ser-

vitude revit; pourvu qu'aucune autre cause d'extinction ne se soit produite dans l'intervalle.

II. Causes tenant au titre constitutif. Il y en a deux :

1. L'accomplissement de la condition, où l'arrivée du terme. Rappelons que ces deux modalités ne s'appliquent qu'aux servitudes personnelles.

2. La cessation du droit de celui qui a constitué la servitude; en ce sens que celle qui émane de l'emphytéote et du superficiaire s'éteint avec les droits d'emphytéose et de superficie; mais celle qui a été établie par le propriétaire ne tombe, que dans les cas exceptionnels où la révocation de la propriété a lieu *in rem*. (Voir §§ 45 et 46.)

III. Causes tenant au sujet. Celles-ci sont plus nombreuses et plus importantes. On y distingue :

1. La renonciation. Il va de soi que pour renoncer valablement, le titulaire de la servitude doit être capable d'aliéner. Aucune forme spéciale n'est requise pour cette manifestation de volonté; elle peut donc se produire, n'importe de quelle manière; et même n'être que tacite, c'est-à-dire résulter d'un fait qui implique l'intention de ne plus avoir la servitude.

2. La confusion. Lorsque le droit de servitude et la propriété de la chose assujettie sont réunis dans la même personne, la servitude s'éteint : *nemini res sua servit;* et elle ne renaîtrait point, par cela seul que cette réunion viendrait ensuite à cesser. La confusion s'appelle consolidation, quand elle se rapporte au droit d'usufruit.

3. L'extinction du titulaire. A cet égard, la servitude personnelle diffère essentiellement de la servitude prédiale. La première périt par la mort de la personne individuellement déterminée, en faveur de laquelle elle a été créée. Si l'usufruit est établi au profit d'une personne

civile, la loi en fixe la durée *maxima* à cent ans; et s'il a été accordé à une personne et à ses héritiers, le mot « héritiers » ne s'entend que de ceux qui succèdent immédiatement au premier usufruitier. Quant à la servitude prédiale, elle appartient au fonds dominant. Pour qu'il y ait extinction du titulaire, il faut donc que ce fonds soit détruit, ou bien encore qu'il soit modifié à ce point que l'exercice de la servitude en soit devenu impossible. Encore faut-il ajouter que si, plus tard, il est rétabli dans son ancien état, la servitude revit; pourvu, bien entendu, que, dans l'intervalle, elle n'ait pas été anéantie par un autre mode.

4. La prescription et le non-usage. En principe, un droit ne s'éteint pas, par cela seul qu'il n'est pas exercé. Nous avons appliqué ce principe à la propriété, et démontré que celle-ci ne se perd point par simple non-usage; mais nous avons ajouté que si, en même temps que le propriétaire n'use pas de sa chose, un autre la possède et réunit toutes les conditions requises pour l'usucapion, il arrive alors que cet autre devient propriétaire, et que, par suite, le premier a cessé de l'être. Le même phénomène peut se présenter à propos des servitudes. Si le titulaire n'exerce pas son droit, et qu'en même temps le propriétaire de la chose grevée possède celle-ci, comme libre, dans toutes les conditions et pendant le délai requis pour l'usucapion; il y a, dans ce cas, *usucapio libertatis;* et, comme conséquence indirecte, mais forcée, anéantissement de la servitude. Tel a été le point de départ du mode d'extinction que nous examinons en ce moment; et ce qui le prouve, c'est que dans l'ancien droit, nous le trouvons soumis aux délais de l'usucapion, savoir : deux ans pour les immeubles et un an pour toute autre chose.

V. p. 195

Mais, à la différence de la propriété, les servitudes ne sont pas des droits absolus et exclusifs; et, pour ce motif, il est souvent difficile de distinguer entre le non-usage de la servitude et la possession de la liberté. Il y a même des servitudes où la distinction est impossible; ce sont celles qui confèrent un *jus faciendi*, car, dès que le fait, qu'autorise la servitude, n'a plus lieu, la chose grevée est possédée comme libre; le non-usage de la servitude et la possession de la liberté se confondent complètement Or, comme de ces deux points, dont l'un entraîne l'autre, le premier saute aux yeux, tandis que le second est éminemment abstrait, qu'est-il arrivé? Qu'on a perdu de vue le second pour s'attacher exclusivement au premier; et qu'on a fini par considérer le non-usage comme un mode d'extinction des servitudes. Toutefois, comme il n'en est ainsi qu'à raison de la confusion qui vient d'être signalée, le principe nouveau n'a été appliqué qu'aux servitudes où se présente cette confusion, c'est-à-dire aux servitudes rurales, et aux servitudes personnelles; il n'a pas été étendu aux servitudes urbaines; pour ces dernières, on a continué à exiger l'*usucapio libertatis*. Ajoutons que le délai primitif a été porté à dix ou vingt ans : dix, *inter præsentes*; vingt, *inter absentes*; et dès lors le système du droit nouveau se résume dans les termes suivants :

I. Les servitudes rurales, ainsi que l'usufruit et l'usage, s'éteignent réellement par non-usage; et, pour cela, les seules conditions requises sont :

1° Qu'il y ait non-usage, c'est-à-dire abstention complète et absolue;

2° Que cette abstention ait duré pendant dix ou vingt ans; lesquels commencent à compter du jour où l'on a usé, pour la dernière fois, de la servitude.

L'extinction des servitudes urbaines n'a pas lieu par simple non-usage, mais bien par l'effet et comme conséquence de l'*usucapio libertatis*. Il faudra donc :

1° Que le propriétaire du fonds servant prenne possession de la liberté de ce fonds, par un acte contraire à la servitude.

2° Que cette possession se soit maintenue pendant dix ou vingt ans.

———

TITRE TROISIÈME.

DE L'EMPHYTÉOSE.

---

§ 84.

Notion et introduction historique.

L'emphytéose est le *jus in re*, qui permet de cultiver un fonds et d'en tirer les fruits, pendant un temps considérable, voire même à perpétuité, moyennant une rente à payer au propriétaire.

L'emphytéose est de création plus récente que les servitudes; elle ne date que de l'empire; mais, déjà bien antérieurement, nous rencontrons d'autres institutions plus ou moins analogues, et auxquelles elle a emprunté ses éléments essentiels. Ces institutions sont :

1. L'occupation de l'*ager publicus*. L'occupant avait à payer une rente; il était protégé par les interdits possessoires; il transmettait la jouissance du fonds à ses successeurs; et, bien qu'en droit le *populus romanus* eût la faculté de révoquer à son gré, on sait qu'il n'usait guère de cette faculté; de sorte qu'en réalité la jouissance, accordée au possesseur, était indéfinie.

2. Les baux consentis par les municipes, les colléges de prêtres, etc. Dans le principe, ces contrats étaient soumis aux règles du bail ordinaire. Mais la qualité de

personne civile dans le chef du bailleur eut naturellement pour effet de rendre plus stables les rapports qui en résultaient; on donna aux baux une durée plus longue; et l'on finit par admettre que le fermier ne pouvait pas être congédié, tant qu'il payait exactement le fermage. De plus, pour ne pas obliger le bailleur à intervenir chaque fois qu'une atteinte serait portée aux droits du fermier, on investit celui-ci des interdits possessoires; et l'on alla même jusqu'à lui attribuer une *actio in rem*. Cette action s'appelle *actio vectigalis*; et les fonds, auxquels elle s'applique, *agri vectigales*.

3. Sous les empereurs, la triste situation faite à l'agriculture, notamment par les invasions des barbares, rendit les baux ordinaires inacceptables. Pour trouver des fermiers, on dut leur abandonner les terres pour un temps très long, et même à perpétuité; il fallut se contenter d'un fermage très modéré; puis, afin que les fermiers fussent armés contre toutes les éventualités auxquelles ils étaient exposés, on en vint également à leur donner une *actio in rem*. Leur droit était ainsi devenu un *jus in re;* on le nommait *jus ἐμφυτευτικόν*; et les fonds qui en étaient l'objet, *agri emphyteuticarii*.

Ce sont ces trois institutions, spécialement les deux dernières, qui ont été fusionnées par Justinien; et dont la fusion a produit l'emphytéose.

§ 85.

Droits et obligations de l'emphytéote.

L'emphytéote a les droits suivants :

1. Il jouit du fonds de la manière la plus étendue. Il a

même la faculté d'y faire des changements. Son pouvoir n'est limité que par la défense de détériorer le fonds.

2. Il a la possession; d'où il suit qu'il est protégé par les interdits possessoires, et qu'il acquiert les fruits par la simple séparation.

3. Il transmet son droit à ses héritiers; et il est même libre de l'aliéner. Toutefois, lorsqu'il se propose de vendre, il est tenu, sous peine de déchéance, d'en informer le propriétaire; car celui-ci a la préférence sur tout autre acheteur; et il a un délai de deux mois pour se prononcer. Si le propriétaire rachète l'emphytéose, elle s'éteint par confusion. Si non, la vente projetée s'exécute; mais alors, comme dans tous les autres cas d'aliénation, le propriétaire a droit à un *laudemium;* lequel consiste dans un cinquantième du prix de vente, ou de la valeur estimative de l'emphytéose, selon que l'aliénation a lieu à titre de vente ou autrement.

Les obligations, qui incombent à l'emphytéote, sont :

1. De cultiver le fonds en bon père de famille;

2. De payer exactement la rente. A la différence du fermier ordinaire, il n'a pas droit à une réduction pour cause de perte ou privation partielle;

3. De supporter les impôts, et les autres charges qui pourraient grever le fonds.

Pour faire valoir ses droits, et en même temps pour sauvegarder les intérêts du propriétaire, l'emphytéote a non seulement les interdits possessoires, mais encore la *vectigalis in rem actio.* Il lui est loisible, en outre, de recourir *utiliter* à la négatoire, et à la confessoire. Enfin la publicienne est donnée à celui qui, de bonne foi, a conclu avec un non-propriétaire un bail emphytéotique; comme aussi à celui qui, ayant traité avec le propriétaire,

Pour la publicienne protégeant les res incorporales les servitudes, les jura in re, il suffit d'invoquer une juste cause d'acquisition. —

veut échapper à la difficulté de prouver cette qualité dans le chef de son co-contractant; il lui suffit alors de justifier d'une juste cause d'acquisition ; et de cette façon, la publicienne supplée l'*actio vectigalis*, aussi bien que la revendication et la confessoire : ce qui a été expliqué au § 68.

§ 86.

Comment l'emphytéose s'établit. — Comment elle s'éteint.

Établissement — Elle s'établit, entre-vifs, par convention. Aucune formalité n'est requise ; si ce n'est relativement aux biens de l'Église, à l'égard desquels la loi exige un acte écrit.

Extinction — L'emphytéose s'éteint d'abord par les modes communs à tous les droits, et notamment aux *jura in re;* par exemple : l'expiration du temps pour lequel elle aurait été constituée ; la perte totale du fonds emphytéotique ; la confusion, etc., etc. ; mais, contrairement à ce qui a lieu dans les autres *jura in re*, et par analogie du bail ordinaire dont procède l'emphytéose, l'emphytéote ne peut renoncer efficacement à son droit, sans l'agrément du propriétaire.

Déchéance — D'autre part, il encourt la déchéance :

a. S'il vend l'emphytéose sans avertir le propriétaire ;

b. S'il détériore notablement le fonds emphytéotique ;

c. S'il reste trois ans sans servir la rente. Quand il s'agit de biens de l'Église, un retard de deux ans suffit.

d. S'il néglige, pendant trois années consécutives, de payer les impôts.

TITRE QUATRIÈME.

—

§ 87.

Du droit de superficie.

Les bâtiments appartiennent, *jure accessionis*, au propriétaire du sol; peu importe par qui ils sont élevés; mais le droit d'en user, moyennant le payement d'une rente, peut être concédé à titre de *jus in re;* pourvu que l'octroi en soit fait à perpétuité, ou du moins pour un temps considérable. C'est ce *jus in re* qui s'appelle droit de superficie, et qui est aux *prædia urbana* ce que l'emphytéose est aux *prædia rustica.* Il y a entre les deux droits la plus grande ressemblance, aussi bien pour les avantages et les obligations qui en résultent, que dans la manière dont ils s'établissent et dont ils s'éteignent. Les seules différences qu'ils présentent sont les suivantes :

1. En cas d'aliénation, le propriétaire n'a droit, ni à la préférence, ni au *laudemium,* qui existent en matière d'emphytéose.

2. Les causes qui autorisent le propriétaire à demander la résiliation de l'emphytéose ne s'appliquent pas à la superficie.

Quant à la possession, tout le monde est d'accord pour la reconnaître au superficiaire; mais il y a controverse sur le point de savoir si cette possession a pour objet le fonds superficiaire lui-même, ou seulement le droit de superficie. L'analogie avec l'emphytéose doit faire résoudre la controverse en faveur de la première opinion; en ce sens que le superficiaire a la possession du fonds, comme l'emphytéote, et non pas la *quasi-possessio juris,* telle qu'elle se rencontre dans les servitudes. (la possibilité physique d'exercer les attributs inhérents au dr. de servitude)

v. p. 140

TITRE CINQUIÈME.

DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE.

CHAPITRE PREMIER.

§ 88.

Introduction historique.

De même que l'emphytéose et la superficie, le gage et l'hypothèque sont des *jura in re* d'origine assez récente. Primitivement, pour assurer, par une garantie réelle, l'accomplissement d'une obligation, deux procédés étaient en usage : la *mancipatio* et le *pignus*.

Dans le premier de ces procédés, la chose destinée à servir de garantie était transmise au créancier par *mancipatio;* et, comme le transfert de la propriété n'avait lieu que pour sûreté de la créance, on ajoutait à la *mancipatio* une convention, *fiducia*, par laquelle le créancier s'engageait à remanciper la chose, aussitôt qu'il aurait obtenu satisfaction; de plus, et pour le même motif, on laissait d'ordinaire au débiteur la détention et la jouissance de la chose; de telle sorte que, si le créancier, devenu propriétaire, n'abusait pas de cette qualité, la

situation respective des parties se résumait dans les termes suivants :

Tant que la dette garantie n'était pas exigible, la chose appartenait au créancier, mais le débiteur en conservait tous les avantages matériels.

La dette étant devenue exigible : ou bien elle était acquittée; ou bien elle demeurait en souffrance. Dans le premier cas, le débiteur était en droit de réclamer l'exécution de la *fiducia;* et il redevenait propriétaire par *mancipatio*. Cette dernière opération n'était pas même indispensable ; s'il se contentait de rentrer en possession, la propriété lui était acquise au bout d'un an ; et l'usucapion prenait alors le nom spécial d'*usureceptio*. Dans le second cas, il était permis au créancier de disposer de la chose, notamment de la vendre pour se payer sur la somme qu'il aurait ainsi réalisée.

Le *pignus* différait essentiellement de la *mancipatio*. Il consistait purement et simplement à remettre une chose au créancier; et il n'autorisait celui-ci qu'à la garder, tant que le débiteur ne s'était pas exécuté. Il ne conférait donc ni la propriété, ni aucun autre droit proprement dit; l'unique garantie de fait qui y était attachée, résultait de ce que, pour recouvrer la chose, le débiteur devait éteindre la dette; et, afin de ne pas laisser cette garantie complètement à la merci du débiteur, le créancier fut investi des interdits possessoires. Le *pignus* ne produisait pas d'autre effet.

Tels étaient les deux modes qui furent longtemps seuls en vigueur. L'un et l'autre présentaient de graves inconvénients. Sans parler de la question de forme, la *mancipatio* avait le défaut de compromettre les intérêts du débiteur; puisqu'elle rendait le créancier propriétaire, et

que dès lors l'aliénation, totale ou partielle, qu'il aurait opérée, même avant l'échéance de la dette, était valable. Quant au *pignus*, il était onéreux pour le débiteur, en ce qu'il le dépouillait de la possession; et il n'offrait au créancier qu'une garantie imparfaite, parce qu'il ne lui conférait que les actions possessoires. A la vérité, une convention pouvait accorder au créancier la faculté d'aliéner en cas de non-payement; et pareille convention se rencontrait fréquemment; mais elle n'engendrait aucun droit réel; et, pour ce motif, son efficacité était subordonnée à une double condition : d'abord, que le débiteur gardât intacte la propriété de la chose; ensuite, que le créancier fût à même d'en effectuer la tradition. Or, pour faire tradition, il fallait que le créancier eût la possession; et s'il l'avait perdue, il ne disposait, pour la recouvrer, que des interdits possessoires. D'autre part, il n'était pas impossible au débiteur d'aliéner la chose, totalement ou partiellement, et d'empêcher ainsi l'exécution de la convention. Il est donc hors de doute que les inconvénients les plus sérieux étaient attachés à la *mancipatio* et au *pignus*.

Le préteur *Servius* trouva un moyen extrêmement simple pour écarter tous ces inconvénients. Voici dans quelle hypothèse : Le bailleur d'un *prædium rusticum* avait exigé une garantie de son fermier; et celui-ci l'avait autorisé, éventuellement, à saisir les divers objets mobiliers qui garnissaient la ferme, *illata*. *Servius* fit produire à cette convention un *jus in re* au profit du bailleur; et comment cela? En donnant à ce dernier une *actio in rem*, qui lui permettait de poursuivre les *illata*, même dans les mains d'un tiers, pour en prendre possession, les vendre, et se payer sur le prix. Cette action s'appelle servienne.

Son utilité était évidente; aussi elle fut bientôt étendue, par analogie, à d'autres hypothèses sous le nom de quasi-servienne; et elle finit par recevoir une application générale.

Ainsi avait été introduit dans la législation un nouveau *jus in re*, connu sous le nom d'hypothèque. Il s'exerçait au moyen d'une *actio in rem*; il donnait au créancier la faculté de se mettre en possession de l'objet grevé, pour le vendre et se payer; il était d'une efficacité parfaite; et, pour sa constitution, il ne fallait ni transfert de propriété, ni dépossession : une convention suffisait. Quelquefois cependant, notamment quand il s'agissait d'objets faciles à déplacer et difficiles à reconnaître, il pouvait encore être utile d'ajouter, à la garantie juridique conférée par l'hypothèque, la garantie de fait résultant de la détention matérielle : le droit réel reprenait alors l'ancien nom de gage, *pignus*. Mais ce droit n'est pas supérieur à l'hypothèque; et il arrive aussi parfois que cette dernière est appelée *pignus*.

L'heureuse innovation, due à *Servius*, sauvegardait complètement l'intérêt des parties. Seul, l'intérêt des tiers avait été perdu de vue. Nous avons déjà constaté que, les droits réels existant à l'égard de tous, la loi devrait exiger, pour leur établissement, des formalités qui l'annoncent à tous. Nous avons vu aussi que ce principe n'a été qu'imparfaitement observé en matière de propriété; et qu'il a été tout à fait négligé pour les servitudes, l'emphytéose et la superficie. La législation hypothécaire laisse également à désirer sous ce rapport, puisque l'hypothèque s'établit également par simple convention. Il est vrai que, lorsqu'une chose hypothéquée est ultérieurement l'objet d'une aliénation, totale ou partielle,

l'existence de l'hypothèque doit être révélée à celui au profit duquel cette aliénation a lieu; et que le fait de manquer, sciemment, à ce devoir constitue le délit de stellionat. Mais il est à remarquer que la peine du stellionat ne frappe que la réticence de mauvaise foi; ensuite, que l'hypothèque cachée, volontairement ou involontairement, n'en produit pas moins tous ses effets; et que, par conséquent, l'intérêt des tiers est réellement exposé aux plus graves atteintes par le caractère occulte de l'hypothèque.

CHAPITRE II.

§ 89.

Conditions de validité.

Ces conditions sont relatives au sujet, à l'objet et au mode d'acquisition.

I. Quant au sujet : L'hypothèque, ayant pour but de garantir une créance, n'est possible qu'en faveur d'un créancier. Mais il importe peu que la créance soit civile, ou naturelle. Il ne faut pas qu'elle soit présente; elle peut être à terme; elle peut même dépendre d'une condition; mais, dans ce dernier cas, l'hypothèque est également soumise à la même condition. Il n'est pas nécessaire non plus que l'obligation incombe à celui qui concède l'hypothèque; celle-ci peut être donnée pour la dette d'autrui.

II. Quant à l'objet, à la rigueur, il devrait :

1° Consister en une chose proprement dite, parce que l'hypothèque est un *jus in re;*

2° Être aliénable, puisque le créancier est autorisé éventuellement à l'aliéner. Mais comme, eu égard au résultat matériel qu'elle amène, la garantie hypothécaire procède du pouvoir d'aliéner, on finit par abandonner la première de ces conditions pour s'en tenir exclusivement à la seconde; et l'on aboutit à cette règle que tout ce qui est aliénable est susceptible d'hypothèque. Seulement, il va de soi que l'hypothèque n'a le caractère de *jus in re*, donnant lieu à une *actio in rem*, que quand elle frappe des choses corporelles.

D'après la règle qui vient d'être formulée, quels objets peuvent donc être grevés d'hypothèque?

Parmi les choses corporelles, toutes celles qui sont *in commercio;* à moins que la loi n'en prohibe l'aliénation.

Parmi les choses incorporelles :

Les servitudes, en tant qu'elles sont aliénables; c'est-à-dire : dans les servitudes personnelles, l'exercice de l'usufruit; et dans les servitudes prédiales, le droit même, mais seulement avec le fonds dominant;

L'emphytéose;

La superficie;

Le gage et l'hypothèque, *pignus pignori datum;*

Le droit d'obligation, en ce qu'il a d'aliénable. Voir, ci-après, § 96.

Toutes ces choses, corporelles ou incorporelles, peuvent être hypothéquées, soit individuellement, *ut singulæ*, soit réunies et comme formant un ensemble, *ut universæ*. Il est permis aussi de grever un patrimoine entier, et même d'y ajouter tout ce qui sera acquis par la suite.

L'hypothèque dans laquelle le constituant comprend ainsi tous ses biens présents et à venir, *omnia quæ habet, quæque habiturus est*, s'appelle hypothèque générale.

III. Quant au mode d'acquisition, il peut consister :

1. Dans une convention ou dans une disposition de dernière volonté.

Pour concéder une hypothèque, il faut être capable d'aliéner, et, de plus, avoir le droit que l'on affecte. Il suit de là qu'en général, l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle. Cependant il va de soi que cette nullité disparaît, s'il y a ratification de la part du propriétaire. De même rien n'empêche d'hypothéquer la chose d'autrui, pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire. Enfin, en dehors des deux hypothèses qui précèdent, l'engagement de la chose d'autrui donnera au créancier de bonne foi une action hypothécaire utile, si, par la suite, celui qui a consenti l'hypothèque devient propriétaire, fût-ce même par usucapion.

La convention d'hypothèque n'exige aucune formalité; il suffit du consentement des parties; mais pour le gage proprement dit, la tradition est nécessaire.

2. Dans un envoi en possession ou dans une saisie judiciaire. Anciennement, le préteur seul, en vertu de son *imperium*, pouvait ordonner l'envoi en possession; dans le droit nouveau, ce pouvoir appartient à tous les juges. Quand l'envoi a pour but d'assurer une créance soit actuelle, soit même éventuelle, par exemple *damni infecti nomine*, il confère un droit de gage proprement dit.

Une seconde espèce de gage judiciaire est celle qui résulte de la saisie, opérée à l'effet d'exécuter un jugement. Tout créancier, armé d'une condamnation, est autorisé à saisir le patrimoine de son débiteur; et le droit de gage existe, à partir du jour où la saisie a été effectuée.

3. Dans la loi elle-même. L'hypothèque s'appelle alors légale. On dit aussi qu'elle est tacite, *tacitè contrahitur*, parce que la loi ne fait que présumer le consentement du débiteur. Pareilles hypothèques sont assez nombreuses; les unes spéciales, les autres générales. Dans la première catégorie, voici les principales :

A 1.) Tout bailleur d'immeuble a hypothèque pour sûreté des obligations que le louage impose au preneur. L'objet grevé varie suivant la nature de l'immeuble loué : s'agit-il d'un *prædium rusticum*, ce sont les fruits qu'il produit; et l'hypothèque prend naissance au moment de la perception faite par le fermier; parce que c'est à ce moment que le fermier devient propriétaire des fruits. (Il va de soi que l'hypothèque légale ne peut s'établir sur des objets qui n'appartiennent pas au débiteur; car la loi se fonde sur la volonté présumée du débiteur; et il est certain que le consentement tacite n'a pas plus d'effet que la volonté expresse.) S'agit-il d'un *prædium urbanum*, ce sont les meubles du locataire, que celui-ci apporte dans l'immeuble, pour s'en servir d'après le but de la location; et l'hypothèque date du jour où ces objets ont été introduits, *invecta et illata;* parce que, d'après l'intention présumée des parties, le locataire donne ces objets en gage au bailleur; et que ce dernier n'est censé en avoir la possession qu'à partir de leur entrée dans la maison.

2.) Le légataire et le fidéicommissaire ont hypothèque sur la part qui revient, dans l'hérédité, à la personne chargée d'acquitter le legs ou le fidéicommis.

Parmi les créanciers auxquels la loi accorde hypothèque sur les biens présents et futurs de leur débiteur, figurent :

B 1.) Le fisc, pour toutes créances, autres que celles qui résultent d'un délit;

2.) Le pupille, pour toutes les dettes qui peuvent incomber à son tuteur, à raison de la tutelle;

3.) La femme mariée orthodoxe, pour la restitution de sa dot.

CHAPITRE III.

EFFETS DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE.

L'hypothèque peut avoir, pour objet, tout ce qui est susceptible d'aliénation; et d'autre part, rien n'empêche qu'une même chose soit grevée de plusieurs hypothèques. De là, diverses hypothèses qu'il importe de séparer avec soin. Nous examinerons d'abord le cas le plus fréquent : celui où les choses grevées sont des choses corporelles, et individuellement déterminées; et nous distinguerons, suivant que l'hypothèque est unique, ou qu'il en existe plusieurs. Puis, nous finirons par le cas où l'objet de l'hypothèque consiste, soit dans un ensemble de choses corporelles, soit dans des choses incorporelles.

Première hypothèse.

Une ou plusieurs choses déterminées sont grevées.

§ 90.

A. *Il n'existe qu'une hypothèque.*

Ainsi que dans tout *jus in re*, nous voyons ici en présence deux personnes : le titulaire du droit, et le proprié-

taire de la chose grevée. Il faudra donc envisager les effets de l'hypothèque à l'égard de chacun de ces deux intéressés; et, comme le pouvoir qu'elle confère est subordonné à la condition que la dette garantie ne soit pas acquittée, il y aura à distinguer, selon que cette condition reste en suspens ou qu'elle vient à se réaliser.

I. En ce qui concerne le propriétaire. Si l'hypothèque est exercée, il est dépouillé par l'aliénation, à laquelle procède le créancier; et l'unique droit qui lui reste est de demander compte à ce dernier. Mais tant qu'elle n'a pas été exercée, et par cela seul qu'elle existe, l'hypothèque n'apporte, pour ainsi dire, aucune restriction au droit du propriétaire. Celui-ci, conformément au principe qui domine tous les *jura in re*, n'est tenu qu'à subir le droit acquis au créancier hypothécaire; il conserve donc tous les attributs inhérents à sa qualité de propriétaire; mais, bien entendu, il est libre de renoncer à l'un ou l'autre de ces attributs. Ainsi notamment :

1. Il peut s'interdire la faculté d'aliéner la chose. Cette interdiction est même de droit, quand l'hypothèque frappe un objet mobilier individuellement déterminé; et l'aliénation est prohibée, parce qu'elle rendrait difficile, peut-être impossible, l'exercice de l'hypothèque; elle causerait, au créancier, le même préjudice que le vol cause au propriétaire qui en est victime; aussi est-elle punie comme un vol.

2. Le créancier peut être investi de la possession; dans ce cas, le *jus in re* s'appelle *pignus* ou gage proprement dit. Mais cette possession n'a d'autre portée juridique que l'attribution des interdits possessoires; et si le constituant n'était que *bonæ fidei possessor*, il continuerait d'usucaper.

3. Il est permis aussi d'accorder au créancier la jouissance de la chose engagée; sauf à imputer la valeur de cette jouissance sur ce qui lui est dû, intérêt et capital. C'est ce qu'on nomme antichrèse. Antichrèse.

II. Par rapport au créancier, nous distinguons également entre l'existence et l'exercice de l'hypothèque.

a) Tant que l'éventualité, à laquelle est subordonné le pouvoir d'aliéner, ne se réalise pas; par conséquent, tant que la dette hypothécaire n'est pas exigible, l'hypothèque existe, mais en quelque sorte à l'état latent; elle ne produit, en général, aucun effet, ou peu s'en faut : le créancier n'a que la faculté de veiller à la conservation de son *jus in re*, par exemple en intentant, *utiliter*, les actions négatoire et confessoire.

b) Il en est tout autrement, quand la dette est devenue exigible et reste en souffrance; alors l'hypothèque peut s'exercer, et comment? Par la vente de la chose grevée. Cette vente est de l'essence de l'hypothèque, pour l'une comme pour l'autre des parties; aussi est-il interdit :

1. Au créancier, d'y renoncer d'avance; et malgré pareille [redacted], il aurait néanmoins la faculté de vendre; parce que, sans cette faculté, il n'arrive pas au payement, qui est le but final de l'hypothèque.

2. Au débiteur, d'autoriser d'avance le créancier à garder en payement la chose grevée. Cette convention s'appelle pacte commissoire, *lex commissoria;* et elle est prohibée, à raison des circonstances de fait qui se rencontrent presque toujours lors d'une constitution d'hypothèque, savoir : d'une part, que la valeur de la chose est notablement supérieure au montant de la créance; d'autre part, que le débiteur ne jouit pas d'une liberté et d'une indépendance absolues vis-à-vis du créancier, auquel il

doit recourir, et qu'il se fait illusion sur les ressources, dont il disposera au jour de l'échéance. Partant de là, on a pensé qu'il consentirait, trop facilement, à une éventualité qu'il considère comme d'une réalisation impossible, et qui, venant à se réaliser, lui serait éminemment préjudiciable; en conséquence, on a défendu, sous peine de nullité, le pacte commissoire en matière hypothécaire. Il est donc vrai de dire qu'à l'égard du créancier, aussi bien que du débiteur, l'hypothèque a pour effet essentiel la vente de la chose.

Sommation — Mais avant de procéder à la vente, le créancier doit sommer le débiteur, et lui annoncer son intention de vendre; après quoi, il doit encore attendre deux ans. Passé ce délai, il vend comme bon lui semble, de la main à la main, ou publiquement.

2 ans.

Indivisibilité — La vente peut comprendre tout ce que comprend l'hypothèque; et celle-ci n'est point atteinte par les diverses modifications qui surviendraient, soit à la créance garantie, soit aux choses engagées. Que la créance ait été réduite par le payement d'acomptes, ou qu'elle se soit divisée entre les héritiers du débiteur primitif; que les choses grevées aient passé aux mains de nouveaux propriétaires ou aient péri partiellement, l'hypothèque n'en reste pas moins entière; et le créancier conserve le droit de vendre, pour le payement de ce qui lui est dû, soit un ou quelques-uns, soit la totalité des objets hypothéqués. Tels sont les effets de l'indivisibilité de l'hypothèque : *est tota in toto, et tota in qualibet parte*. Seulement cette indivisibilité n'est pas une conséquence nécessaire de l'institution : car rien n'empêcherait d'exercer, pour partie, la prérogative inhérente à l'hypothèque, c'est-à-dire le pouvoir d'aliéner; alors même qu'il s'agirait d'une chose

matériellement indivisible; et si l'indivisibilité de l'hypothèque a été admise, c'est uniquement dans l'intérêt du créancier, *utilitatis causâ;* d'où il suit qu'il est permis d'y renoncer : l'indivisibilité est un *naturale*, et non pas un *essentiale* de l'hypothèque.

Quant aux effets de la vente, ils sont déterminés par les règles générales en matière de vente, combinées avec celles du mandat, que contient virtuellement toute constitution d'hypothèque. Ainsi, le créancier est tenu de faire tradition à l'acheteur; et la vente ne suffit pas à transférer la propriété; il faut en outre qu'il y ait eu tradition, et de plus, en général, payement du prix. Ainsi encore, le créancier est mandataire du débiteur; il a donc à rendre compte de l'exécution de son mandat; il est responsable des fautes qu'il aurait commises; et si le prix de vente, qu'il a obtenu, excède le montant de sa créance, il est tenu de restituer l'excédant au débiteur.

§ 91.

B. *Il existe plusieurs hypothèques en concours.*

Les difficultés relatives à ce concours trouvent leur solution dans les principes qui dérivent de la nature même de l'hypothèque, savoir : que ce *jus in re* affecte la chose grevée, dans l'état où elle se trouvait au moment où il a été constitué, et autorise éventuellement le créancier à aliéner la chose dans cet état; d'où il suit que, si après une première hypothèque, le propriétaire reste libre d'en établir encore d'autres sur le même objet, il est bien certain que ces dispositions nouvelles ne porteront nulle

atteinte à l'hypothèque antérieure; et qu'en général, elles seront, quant à cette hypothèque, complètement dénuées d'effet.

D'après cela, pour savoir s'il y a un créancier préféré, il suffit de considérer la date des hypothèques. Sont-elles nées en même temps: par exemple lorsque le débiteur fait une acquisition, après avoir concédé plusieurs hypothèques générales? Elles sont sur un pied d'égalité parfaite : tous les créanciers ont les mêmes droits; et en cas de vente, ils partagent le prix, entre eux, au marc le franc. Sont-elles nées successivement, la première l'emporte sur toutes les autres; la seconde, sur la troisième; et ainsi de suite : *prior tempore, potior jure*. La règle, on le voit, est bien simple; mais, à cette règle, il a été apporté une double dérogation.

1. Quand la convention d'hypothèque est constatée par un écrit purement privé, rien n'en assure la sincérité; et l'antidate est d'autant plus à craindre, qu'elle ne nuit qu'aux tiers. De là, on en est venu, naturellement, à distinguer entre les actes privés et les actes publics ou quasi publics; la sincérité de la date est garantie : dans l'acte public, par l'intervention de l'autorité; dans l'acte quasi public, par la présence et la signature de trois témoins irréprochables. Aussi, l'hypothèque constituée par un acte, public ou quasi public, a la préférence sur toutes les autres.

2. La seconde dérogation comprend les hypothèques privilégiées; lesquelles, à raison de la qualité de la créance, sont préférées aux autres hypothèques, même antérieures en date. Citons, comme exemples, l'hypothèque légale du fisc, et celle de la femme mariée. Le privilège dont elles jouissent s'explique : pour le fisc, parce que

le recouvrement de ses créances est indispensable à la marche régulière des services publics, et, par suite, constitue une véritable nécessité sociale; pour la dot de la femme, parce que le mariage étant la base de la société, le législateur ne néglige rien de ce qui est de nature à l'encourager.

Telle est la réponse à la première question que fait naître le concours de plusieurs hypothèques, question de savoir s'il y a un créancier préféré. Dans l'affirmative, nous avons maintenant à nous demander en quoi consiste la préférence; en d'autres termes, quelle est la situation respective des divers créanciers en concours. D'une manière générale, et comme conséquence des considérations rappelées en tête de ce paragraphe, cette situation se résume en deux mots : le créancier préféré a sur la chose grevée un droit absolu; les autres n'ont qu'un droit précaire, subordonné au droit du premier.

Le caractère absolu du droit de celui-ci se manifeste de plusieurs façons. Ainsi, du moment que les conditions requises pour l'exercice de son droit sont réunies, il est libre de vendre la chose hypothéquée, même si les circonstances sont défavorables; comme il est libre de ne pas vendre, alors même que les circonstances seraient favorables. De plus, s'il aliène, il transmet la chose quitte et libre de toute hypothèque. Enfin, sur le prix qu'il a réalisé par la vente, il se paye tout d'abord; il ne doit à ceux qui le suivent que l'excédant.

Quant aux autres créanciers, l'infériorité et la subordination de leur droit se trahissent par les points suivants. D'abord, la chose grevée ne peut être vendue par eux qu'avec les hypothèques qui les priment. Puis, ainsi qu'il vient d'être dit, la vente à laquelle procède un créan-

cier préféré anéantit leur hypothèque; et ils n'ont droit qu'à ce qui peut rester du prix, après payement des créanciers antérieurs. Ajoutons encore qu'il est absolument loisible au préféré de vendre ou de ne pas vendre; et qu'il n'est pas au pouvoir des autres de le contraindre à prendre soit l'un, soit l'autre des deux partis.

Pour échapper aux inconvénients inhérents à cette situation, ils n'ont qu'un moyen indirect, le *jus offerendi*. On entend par là : le droit de payer le créancier préféré, et d'obtenir, en retour, tous les avantages dont il jouit. Ce droit existe pour tout créancier hypothécaire; celui qui l'exerce paye intégralement le créancier préféré, et se trouve légalement subrogé au lieu et place de ce dernier. A la vérité, la subrogation n'a lieu qu'à concurrence de la somme payée; mais elle élève le subrogé au rang de créancier préféré, et par conséquent lui donne la faculté : soit de vendre, si le moment est opportun; soit d'attendre, si les circonstances sont défavorables.

§ 92.

Autres hypothèses.

L'objet grevé ne consiste plus dans des choses corporelles, individuellement déterminées.

Ces hypothèses diverses ont été indiquées, en traitant le point de savoir quel peut être l'objet de l'hypothèque. Il ne reste qu'à y appliquer la règle générale, relative aux effets de l'hypothèque, et à signaler les particularités que présente parfois cette application.

I. Parlons d'abord des choses incorporelles, susceptibles d'hypothèque, c'est-à-dire des *jura in re* et des créances. L'hypothèque établie sur une créance, *pignus nominis*, permet d'abord de vendre le droit d'exercer la créance, sur laquelle porte l'hypothèque. Mais, comme le payement entre les mains de celui auquel elle est due, aurait anéanti à la fois cette créance, et l'hypothèque dont elle est grevée, on donne, en outre, au créancier hypothécaire, le pouvoir de recevoir le payement de la créance engagée, et de tenir en gage ce qu'il a reçu ; si bien que, dans ce cas, le *pignus nominis* se transforme en *pignus* proprement dit. Indépendamment de l'effet ordinaire de l'hypothèque, le *pignus nominis* a donc aussi, pour partie, un résultat analogue à celui que produit la cession de créance. Voir, ci-après, § 97.

L'hypothèque qui grève une servitude, un droit d'emphytéose ou de superficie, confère au créancier la faculté de vendre, qui appartient au titulaire du *jus in re* ; et il exerce, naturellement, cette faculté dans les mêmes conditions. Spécialement, lorsqu'il s'agit d'emphytéose, le propriétaire du fonds emphytéotique aura droit, soit à la préférence qui lui revient dans tous les cas de vente, soit au *laudemium*.

Le *pignus pignori datum* consiste dans la cession éventuelle, à titre de garantie, des droits inhérents à un *pignus* déjà existant ; de sorte que la vente, qu'il autorise, a pour objet la chose grevée du premier *pignus*, et non pas ce *pignus* lui-même. Donnons-en un exemple : Je suis votre débiteur ; et, dans le but d'assurer le payement de votre créance, je vous cède une hypothèque que j'ai sur la maison de X. La situation juridique, que présente le *pignus pignori datum*, paraît assez compliquée ;

mais deux observations suffiront à la dégager de toute difficulté sérieuse :

La première, c'est qu'il y a là un double *pignus;* et que, par conséquent, pour l'un comme pour l'autre, il faudra la réunion des éléments essentiels que requiert l'existence de l'hypothèque.

La seconde observation, c'est que des deux droits, l'un est greffé sur l'autre et en dépend; d'où il suit que :

1. Pour exercer le second *pignus*, on devra réunir, à l'égard du premier, aussi bien que du second, les conditions auxquelles l'exercice de l'hypothèque est subordonné.

2. Sur la vente réalisée, il n'est pas permis au créancier, investi du second, de retenir une somme supérieure à celle que garantit le premier.

3. Le second, étant assis sur le premier, ne se maintient qu'avec lui. L'extinction du second pourra donc provenir, non seulement des causes qui le frappent directement, mais encore de celles qui s'attaquent au premier et l'anéantissent.

II. Quant aux *universitates* : l'hypothèque est-elle générale? Nous savons qu'elle frappe toutes les choses susceptibles d'aliénation, qui, au jour de sa constitution, composaient le patrimoine du constituant; et, en outre, toutes celles qu'il acquiert par la suite, n'importe à quel titre. Le créancier aura donc le droit de vendre toutes ces choses, en quelques mains qu'elles se trouvent; excepté toutefois ce qui est, en quelque sorte, un accessoire de la personne, par exemple, le linge de corps, les habillements, etc.

Dans les autres *universitates*, le droit du créancier s'attache aussi, non seulement aux objets aliénables

qu'elles comprennent, au moment où l'hypothèque prend naissance, mais encore à tous ceux qui viennent à y entrer. (Il n'est dérogé à cette règle, que pour les *universitates* qui impliquent des opérations continuelles d'achat et de vente; par exemple un établissement commercial. Alors, conformément à l'intention présumée des parties, comme à leur intérêt bien entendu, les choses aliénées sortent libres; et le créancier ne vend l'*universitas*, que telle qu'elle se trouve au jour où il exerce son hypothèque.)

Exceptions. pour les choses qui de leur nature sont destinées à être vendues

---

CHAPITRE IV.

§ 93.

Des actions relatives au gage et à l'hypothèque.

Ce sont, d'abord, les interdits possessoires, qui appartiennent au créancier gagiste; puis, la négatoire et la confessoire, qui sont données *utiliter* à tous ceux qui, à raison d'un *jus in re*, ont intérêt à les intenter. Mais ces diverses actions ne tendent guère qu'à conserver la garantie, et à en assurer l'exercice ultérieur dans toute sa plénitude; aussi peut-on y recourir avant la réunion des conditions requises pour que le droit réel sorte ses effets.

L'action, au moyen de laquelle le gage et l'hypothèque s'exercent, c'est l'action servienne, créée en faveur du

bailleur d'un fonds rural; étendue ensuite, sous le nom de quasi-servienne, à tous les cas possibles; ainsi généralisée, elle s'appelle aussi : action hypothécaire. Pour donner ouverture à cette action, il faudra, conformément aux principes : existence du droit d'hypothèque dans le chef du demandeur, lésion de ce droit par le défendeur; et il va de soi que pareille lésion est impossible, tant que le droit n'est pas susceptible d'être exercé. Il suit, de là, que cette seconde condition implique, avant tout, que la créance soit exigible, et que les formalités préalables à la vente aient été remplies; puis, que le détenteur de la chose s'oppose à ce que le créancier en prenne possession. L'analyse succincte qui précède, et qui est puisée dans la nature même de l'hypothèque, fournit la réponse aux questions que soulève l'action hypothécaire.

A qui est-elle donnée? Au créancier qui se trouve dans les conditions qui viennent d'être énumérées; et ce qu'il devra prouver, le cas échéant, c'est précisément la réunion de ces conditions.

Contre qui? Contre tout possesseur ou détenteur, quel qu'il soit, de la chose grevée; et contre lui seul; pourquoi? Parce que la résistance à l'exercice de l'hypothèque ne peut venir que de lui. Le défendeur a donc un premier moyen de se soustraire à l'action, moyen qui est commun à toutes les actions, c'est de mettre fin à cette résistance, c'est-à-dire d'abandonner la chose au demandeur. Il en a un second, qui dérive du caractère accessoire de l'hypothèque, c'est de payer la créance; mais ce payement est purement facultatif; et le détenteur, comme tel, ne peut être contraint qu'à délaisser la chose, pour que le créancier soit à même

d'arriver au but qu'il poursuit, savoir : obtenir la chose, pour la vendre et en faire tradition à l'acheteur.

Quant à la défense qui sera opposée à l'action, il se peut d'abord qu'elle consiste dans les moyens qui sont communs à toutes les actions; par exemple, la *litis contestatio negativa*; et il est à remarquer, dans cet ordre d'idées, qu'il est permis de se prévaloir de toutes les causes de nature à éteindre l'hypothèque; causes qui seront examinées dans le chapitre qui va suivre. De plus, le caractère particulier de l'hypothèque fournit encore les exceptions ou bénéfices que voici :

1. L'existence, dans le chef du défendeur, d'une hypothèque supérieure à celle du demandeur. Il est de principe, en effet, que le droit réel, une fois établi, n'est aucunement atteint par les concessions ultérieures; et par suite, lorsque la chose hypothéquée est entre les mains du créancier préféré, l'action hypothécaire des autres se trouve entièrement paralysée.

2. L'*exceptio ordinis* ou *excussionis personalis*. Elle est donnée au tiers détenteur, et oblige le créancier à commencer par discuter le débiteur. C'est à ce dernier à supporter la dette; il est donc rationnel que le créancier soit tenu d'aller d'abord à lui; d'autant plus qu'on prévient ainsi les recours que l'exercice de l'hypothèque ouvrirait en faveur du tiers détenteur. Ajoutons que cette exception accentue encore davantage le caractère accessoire de l'hypothèque; et que, s'il existe aussi une caution pour la même dette, le créancier pourra également y être renvoyé par le tiers détenteur; de telle sorte que ce dernier ne retombera sous le coup de l'action hypothécaire que pour autant que le créancier n'ait point obtenu satisfaction, soit du débiteur principal, soit de la caution.

3. L'*exceptio excussionis realis*. Lorsqu'une dette est garantie, à la fois, par une hypothèque spéciale et par une hypothèque générale, cette dernière, dans l'intention des parties, n'est établie qu'à titre subsidiaire; et dès lors, si le créancier s'attaque à des biens compris seulement dans l'hypothèque générale, le défendeur peut exiger qu'il commence par vendre ceux que frappe l'hypothèque spéciale. Tel est l'objet de l'*exceptio excussionis realis*.

4. L'*exceptio cedendarum actionum*, par laquelle le tiers détenteur réclame, du demandeur, la cession des actions attachées à la créance hypothécaire. A la différence des exceptions qui précèdent, celle-ci naît de la circonstance que le tiers détenteur subit l'effet de l'hypothèque; et les actions, dont il obtient la cession, serviront à faire valoir les droits qu'il puise dans cette circonstance.

CHAPITRE V.

§ 94.

Comment s'éteint le droit de gage ou d'hypothèque.

Tout d'abord, l'hypothèque, droit accessoire, s'éteint naturellement avec la créance qu'elle garantit; mais, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, nous avons vu que, pour cela, l'extinction de la créance doit être complète.

Ensuite, il se peut aussi que l'hypothèque disparaisse, alors même que la créance continue à exister. Les causes, qui amènent ce résultat, sont assez nombreuses, et se classent en deux groupes : selon qu'elles tiennent à l'objet ou au sujet du droit, c'est-à-dire à la chose grevée ou au créancier.

Le premier groupe comprend deux modes d'extinction :

1. L'anéantissement de la chose; pourvu qu'il soit complet; car à raison de son indivisibilité, l'hypothèque subsisterait tout entière, nonobstant une destruction partielle.

2. L'*usucapio libertatis*. Nous avons dit ci-dessus, § 62, qu'elle s'accomplit par une possession continuée pendant dix ou vingt ans, selon que le possesseur de la chose et le créancier hypothécaire habitent ou n'habitent pas la même province; et que la bonne foi requise consiste à ignorer l'existence de l'hypothèque. Notons seulement qu'ici, contrairement à ce qui a lieu en matière de servitudes, ce mode d'extinction reste toujours distinct de la prescription extinctive, dont il sera parlé tout à l'heure.

Les modes, inhérents au créancier, sont :

1. La renonciation. Elle est expresse, quand le créancier déclare, par écrit ou verbalement, ne plus vouloir de l'hypothèque. Elle est tacite, quand il pose un fait qui implique pareille volonté; c'est ce qui arrive :

a. Lorsqu'il restitue au débiteur le gage, ou les titres d'hypothèque;

b. Lorsqu'il permet, soit de vendre la chose grevée, soit de l'hypothéquer au profit d'un autre.

Ces actes, en effet, ne s'expliquent guère que par l'in-

tention d'abandonner l'hypothèque. Il se pourrait, cependant, qu'ils eussent un autre mobile; alors, la renonciation serait écartée; mais, pour qu'il en fût ainsi, ce serait au créancier à renverser, par la preuve contraire, la présomption légale qui s'élève contre lui.

2. La prescription. Conformément aux principes de la matière, elle commence à courir du jour où l'action hypothécaire est née; et la bonne foi n'est pas nécessaire dans le chef de celui qui l'invoque. Quant au délai, il est: de trente ans pour le tiers détenteur; de quarante ans, pour le débiteur ou ses héritiers.

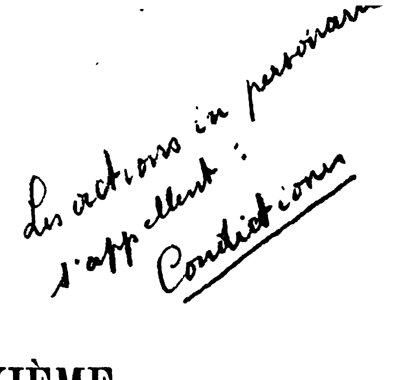
3. La confusion, c'est-à-dire la réunion, sur la même tête, des deux qualités de propriétaire de la chose grevée, et de créancier hypothécaire. C'est là une conséquence du principe élémentaire : qu'il n'est pas possible d'avoir une hypothèque sur sa propre chose. Pourtant, à ce principe il a été fait exception dans l'espèce suivante : l'acheteur d'une chose, frappée de plusieurs hypothèques, emploie le prix d'achat à payer, non le vendeur, mais les créanciers hypothécaires; il est, par une fiction légale, subrogé aux droits de ceux qu'il a payés, et il conserve, sur la chose qu'il a acquise, l'hypothèque de ces derniers. Le but de cette fiction est de lui assurer la paisible possession de la chose; et il la gardera à coup sûr, s'il a pris soin de payer le créancier qui a la première hypothèque; car, l'action hypothécaire étant intentée contre lui par un créancier postérieur, il lui opposerait avec succès l'existence, dans son chef, d'une hypothèque supérieure.

4. La vente, effectuée par le créancier, en vertu de son droit d'hypothèque. Peu importe que le prix suffise ou ne suffise pas à couvrir les créances hypothécaires, cette vente met à néant : d'abord, l'hypothèque du créancier

qui y a procédé, parce que celle-ci a alors produit tout son effet, *consummata est;* ensuite, toutes celles qui viennent après elle, parce qu'elles ne peuvent lui porter aucune atteinte, et que, par conséquent, la chose passe à l'acquéreur, dans l'état où elle se trouvait à la naissance de l'hypothèque du créancier vendeur.

196

192



LIVRE DEUXIÈME.

DES OBLIGATIONS.

TITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES.

Sous ce titre, figurent trois chapitres, qui comprennent :

Le 1er, la définition de l'obligation, et la théorie de la cession ;

Le 2e, les effets des obligations ;

Le 3e, les divisions dont elles sont susceptibles.

CHAPITRE PREMIER.

DÉFINITION, ET CESSION.

§ 95.

Définition.

L'obligation peut être envisagée passivement et activement. Passivement, elle s'appelle dette, et se définit : un lien de droit, conforme à la loi, qui nous astreint,

envers un autre, à nous acquitter de quelque chose. Activement, c'est une créance, c'est-à-dire un rapport légalement formé entre deux personnes, et en vertu duquel l'une a la faculté d'exiger quelque chose de l'autre. Ce qui distingue donc le droit d'obligation, ainsi que nous l'avons exposé au § 2, c'est qu'il a pour objet la personne du débiteur; et de là deux conséquences, qu'il importe de rappeler :

1. Que ce droit n'existe qu'à l'égard du débiteur;
2. Qu'il lie juridiquement le débiteur, en ce sens que ce dernier peut être contraint à l'accomplissement d'une prestation en faveur du créancier.

Cette prestation est susceptible de varier à l'infini. Les diverses nuances qu'elle présente ont été ramenées à deux catégories, qu'on désigne par les termes techniques *dare* et *facere*. *Dare*, c'est transférer la propriété ou établir un *jus in re;* en d'autres mots, aliéner en tout ou en partie, à quelque titre que ce soit. *Facere* s'applique à toute autre prestation, même à celle qui consiste à ne pas faire.

DE LA CESSION.

§ 96.

Notion et espèces.

D'après la définition qui vient d'en être donnée, l'obligation implique nécessairement deux personnes déterminées : le créancier et le débiteur. Il suit de là qu'elle est incessible; et qu'il n'est pas permis d'imposer un autre créancier au débiteur, pas plus qu'un autre débiteur au créancier.

Toutefois, si le droit lui-même n'est pas cessible, il en est autrement de l'*exercice* du droit. Cette distinction que nous avons vue au chapitre *De l'usufruit* (§ 72) a été appliquée également aux droits d'obligation. Ce qui est cessible, ce n'est pas la créance même, c'est l'exercice de la créance; ce que la cession confère, c'est la faculté de se présenter au débiteur, comme mandataire du créancier; d'intenter au besoin, en la même qualité, l'action qui appartient à ce dernier; et de garder ce qu'on aura obtenu; de telle sorte que, sans être créancier, le cessionnaire profite pourtant de tous les avantages matériels inhérents à la créance. Et pour que pareille cession soit parfaite, il suffit de la volonté commune du cédant et du cessionnaire; le consentement du débiteur n'est point requis, par la raison que cette cession ne change pas sa situation juridique.

Une convention n'est même pas toujours indispensable; la cession s'impose quelquefois au cédant; on l'appelle alors forcée ou nécessaire. C'est celle que nous avons rencontrée dans l'attribution du *beneficium cedendarum actionum* :

1. Au défendeur de bonne foi, qui se trouve, par suite d'une faute, dans l'impossibilité de restituer la chose revendiquée (§ 66);

2. Au tiers détenteur, défendeur à l'action hypothécaire (§ 93).

La cession est encore forcée dans d'autres cas. Par exemple, lorsqu'une hérédité a été vendue, l'héritier vendeur est tenu de céder, à l'acheteur, les actions destinées à poursuivre les créances que comprend l'hérédité. Et même dans cette hypothèse, comme dans toutes celles où la cession peut être réclamée au moyen d'une action, il a

été permis d'agir comme si la cession avait eu lieu. Celui qui était en droit d'exiger la cession avait, pour cela, une action qu'il était libre d'intenter à son gré; d'autre part il était impossible au créancier d'y résister. Dès lors la cession n'était qu'une pure formalité; aussi on l'a jugée inutile, et l'on a autorisé à s'adresser immédiatement au débiteur, *utiliter quasi ex jure cesso*.

§ 97.

Effets.

La cession met le cessionnaire en rapport avec le cédant, et avec le débiteur.

I. Entre le cédant et le cessionnaire, la cession constitue un abandon ou une aliénation de tous les émoluments attachés à la créance. Il en résulte, à charge du cédant : d'abord l'obligation négative de ne plus agir en qualité de créancier; puis, l'obligation positive de remettre au cessionnaire, avec les titres à l'appui, les actions destinées à faire valoir la créance et ses accessoires. Quant à la garantie, il faut distinguer si la cession est à titre gratuit ou à titre onéreux : le cédant à titre gratuit n'est tenu à aucune garantie; le cédant à titre onéreux doit garantir l'existence de la créance, *nomen verum*, mais non la solvabilité du débiteur, *nomen bonum;* le tout, bien entendu, sauf le cas de dol.

II. Dans les rapports qu'elle établit entre le cessionnaire et le débiteur, la cession a le caractère du mandat : le cessionnaire n'est que mandataire du cédant et ne fait qu'exercer les droits de ce dernier; le débiteur reste dans la même situation que si la cession n'existait pas. Il y a

cependant un événement, qui pourra modifier certaines conséquences de ce principe; cet événement, c'est la notification de la cession; car, du moment où cette notification a été faite au débiteur, le payement ne peut plus avoir lieu valablement qu'entre les mains du cessionnaire. A la rigueur, il y a peut-être là une légère atteinte au principe, mais elle ne cause aucun préjudice sérieux au débiteur; et, par contre, elle procure au cessionnaire l'avantage de ne plus se trouver à la merci du cédant. Quoi qu'il en soit, quels sont donc les droits du cessionnaire contre le débiteur; quels sont les moyens de défense, qui appartiennent au débiteur contre le cessionnaire? Telles sont les deux questions, dans lesquelles se résument tous les effets de la cession à l'égard du débiteur.

Les droits du cessionnaire? nous l'avons déjà dit, ce sont ceux du cédant; tous les droits du cédant, et rien qu'eux; et il les exerce de la même manière, dans la même mesure, avec tous leurs accessoires.

Les moyens de défense que doit subir le cessionnaire? ce sont d'abord ceux qui seraient opposés au cédant lui-même. *Physiquement*, c'est le cessionnaire qui apparaît, comme l'adversaire du débiteur; *juridiquement*, c'est le cédant. Il s'ensuit que le débiteur invoquera utilement, contre le cessionnaire, tous les moyens qui s'élèvent contre le cédant. Et quant à ceux qui existent au jour où la créance cédée a pris naissance, cette proposition ne comporte aucune restriction : tous, indistinctement, appartiennent au débiteur, y compris notamment l'*exceptio doli* et le *beneficium competentiæ*. Quant aux moyens tirés de circonstances subséquentes, telles que la novation, la compensation, la remise, etc., etc., il faudra rechercher si ces circonstances sont antérieures ou postérieures à la

notification de la cession; les premières, seules, seront opposables au cessionnaire, et pourquoi? Parce que la notification enlève au débiteur le droit de se libérer en mains du cédant, soit directement, soit indirectement.

En second lieu, il est permis au débiteur de se prévaloir des exceptions puisées dans la personne du cessionnaire. La raison de cette disposition est que le cessionnaire n'est pas un simple mandataire, chargé des intérêts d'autrui, mais un mandataire qui agit pour son propre compte, *procurator in rem suam.*

Enfin, en troisième lieu, ajoutons, pour être complet, que le débiteur aura la faculté de recourir, le cas échéant, au moyen tiré de la loi anastasienne. Nous touchons ici à un tout autre ordre d'idées. La cession, telle que nous l'avons décrite, s'opérait de la manière la plus facile, puisqu'elle n'exigeait que le consentement du cédant et du cessionnaire; et à cause de cette facilité, il arriva que la spéculation tomba avec avidité sur l'achat des créances. Or, on s'aperçut que les spéculateurs n'avaient pas pour le débiteur les ménagements qu'il trouve d'habitude chez un créancier ordinaire. Ce fut pour parer à cet inconvénient de fait que fut rendue la loi anastasienne; et, pour mettre un frein au trafic des créances, il fut décrété que l'acheteur n'aurait droit qu'à être indemnisé des conséquences de la cession. Le débiteur remboursait au cessionnaire le montant du prix d'achat; il y ajoutait l'intérêt de ce prix, à partir du jour du payement; moyennant quoi, il était libéré de la dette entière. Tel est le moyen que la loi anastasienne fournissait au débiteur. Mais, ainsi que le démontrent la teneur et l'esprit de cette loi, elle ne s'appliquait pas à toute cession. Elle était d'abord étrangère à la cession à titre gratuit; et, même parmi

les cessions à titre onéreux, il en est où la spéculation, que le législateur avait voulu atteindre, faisait défaut, et qui, par conséquent, échappaient à la loi. C'est ce qui avait lieu quand la cession était consentie en payement d'une dette, ou pour faciliter un partage, ou bien encore dans le but de conserver un autre droit, par exemple la propriété d'une chose hypothéquée.

CHAPITRE II.

EFFETS DE L'OBLIGATION.

Régulièrement, l'obligation est exécutée ; l'effet normal de l'obligation, c'est l'exécution. Il arrive aussi, cependant, que le débiteur se trouve dans l'impossibilité absolue de s'exécuter ; et il s'agit alors de savoir sur qui retombe cette impossibilité. Nous aurons donc à examiner, dans ce chapitre :

I. L'effet naturel de l'obligation, c'est-à-dire son exécution ;

2. Les effets accidentels qu'elle produit, au cas d'inexécution.

§ 98.

Effet régulier : exécution.

Cette exécution, c'est l'accomplissement de la prestation due.

Quand la prestation est-elle exigible ? Immédiatement,

c'est-à-dire aussitôt que l'obligation est née; à moins, bien entendu, qu'il n'existe un terme.

En quel endroit? A l'endroit qui a été convenu; et, à défaut de convention expresse ou tacite, à l'endroit le moins onéreux pour le débiteur; donc, en général, à son domicile.

Quelle est la prestation que le créancier est en droit de réclamer? La prestation qui est due, ni plus ni moins. Le débiteur ne pourra se libérer autrement, *in solutum dare,* que si le créancier y consent; de même celui-ci n'est pas tenu de se contenter d'une exécution partielle. Mais à cette règle, il y a deux exceptions :

a. Le débiteur d'une somme d'argent, qui est dans l'impossibilité de s'acquitter et qui a des immeubles, peut forcer le créancier à les recevoir en payement, d'après une estimation à faire en justice.

b. Certaines personnes jouissent du privilège de ne pouvoir être condamnées qu'à concurrence de ce qu'elles sont à même de fournir, *in id quod facere possunt.* Elles échappent ainsi à l'exécution forcée; et le créancier n'est payé que partiellement; mais sa créance n'est pas éteinte pour le surplus; et il conserve tous ses droits pour le cas où le débiteur reviendrait à meilleure fortune.

Ce privilège, appelé *beneficium competentiæ,* est accordé :

1. Aux père et mère du créancier, à ses frères et sœurs, à son conjoint, ainsi qu'à l'associé et au donateur;

2. Au débiteur de bonne foi, qui a fait cession de biens;

3. Aux soldats.

Il se fonde exclusivement sur les égards dus à ces per-

sonnes ; à raison, soit de leurs relations avec le créancier, soit de leur situation malheureuse, soit de leur profession. Aussi il est éminemment personnel ; et, par conséquent, il ne profite ni à la caution, ni aux héritiers, comme tels.

EFFETS ACCIDENTELS, EN CAS D'INEXÉCUTION.

§ 99.

I. *Causes d'où l'inexécution peut provenir.*

Lorsque l'obligation n'est pas exécutée, comme elle devrait l'être, et que le créancier en éprouve un dommage, le débiteur est-il tenu de réparer ce dommage ? La réponse à cette question dépend des causes qui ont amené l'inexécution. Ainsi que nous l'avons déjà vu au § 65, ces causes sont au nombre de trois : *casus, culpa, dolus.*

Par *casus*, on entend toute circonstance étrangère au débiteur, tout événement qu'il lui a été impossible de prévoir ou d'empêcher ; peu importe qu'il consiste dans un accident proprement dit, ou dans le fait d'un tiers.

Lorsque la cause de l'inexécution n'est pas étrangère au débiteur, il se peut que celui-ci ait agi ou se soit abstenu de parti pris ; il se peut qu'il ne soit coupable que de négligence, d'imprévoyance, ou d'imprudence ; dans le premier cas, il y a *dolus ;* dans le second, *culpa.*

La *culpa* tient ainsi le milieu entre *casus* et *dolus ;* et, dans les obligations qui naissent d'une convention, ou d'une relation juridique qui y est analogue, on distingue deux degrés de faute : *culpa levis* et *culpa lata.* Le débi-

teur commet une *culpa levis*, quand il n'apporte pas, à l'exécution de son obligation, l'attention et la vigilance d'un *bonus paterfamilias*, c'est-à-dire d'un homme essentiellement soigneux. La faute est lourde, *lata*, lorsque le débiteur néglige les soins les plus ordinaires; en d'autres termes, lorsqu'il fait ce dont tout le monde s'abstiendrait, ou ne fait pas ce que tout le monde jugerait nécessaire.

§ 100.

II. *De quelles causes le débiteur est responsable.*

Il va de soi que le débiteur ne répond pas du *casus*; et cette règle est absolue. On cite à tort, comme y faisant exception, ce qu'on appelle *casus culpâ vel dolo determinatus*. On désigne, sous ce nom, l'accident précédé d'une circonstance, qui est imputable au débiteur, et sans laquelle l'exécution de l'obligation n'aurait pas été impossible. Dans cette hypothèse, il n'y a pas un véritable *casus;* la cause de l'inexécution n'est pas étrangère au débiteur; et si celui-ci est tenu, c'est en réalité à raison de sa faute ou de son dol.

Le débiteur est toujours responsable du dol.

Quant à la faute, et aux deux degrés qu'elle présente, la responsabilité du débiteur varie, suivant qu'il avait ou qu'il n'avait pas d'intérêt au rapport juridique d'où est née son obligation. Était-il sans intérêt à l'établissement de ce rapport, il ne répond que de la faute lourde; y avait-il intérêt, il est tenu même de la faute légère. Mais à cette règle, et aux deux propositions dans lesquelles elle se formule, il existe des dérogations assez nombreuses.

Par exception à la première proposition, le mandataire et le *negotiorum gestor* répondent de toute faute. Cette dérogation s'explique : à l'égard du mandataire, parce que le mandat implique une confiance illimitée ; à l'égard du *negotiorum gestor*, parce que, comme le mandataire, il administre les affaires d'autrui ; et que si, à la différence de ce dernier, il s'est chargé spontanément de la dite administration, cette circonstance n'est certes pas de nature à diminuer sa responsabilité. Il semblerait, d'après cela, que les tuteurs et curateurs devraient être mis sur la même ligne que le mandataire ; cependant, comme leurs fonctions constituent une charge publique qui ne peut être refusée, la loi leur est moins rigoureuse ; et lorsqu'ils ont commis une faute légère, ils échappent à toute condamnation, s'ils ont apporté la même diligence, qu'ils ont l'habitude de mettre dans la gestion de leurs propres affaires, *diligentiam qualem in suis rebus adhibere solent*.

La seconde proposition subit une double dérogation :

1. Le précariste ne répond que de *culpa lata*. C'est là une anomalie, qu'il est impossible de justifier. Tout au plus s'explique-t-elle, dans une certaine mesure, par cette considération que la concession précaire a son origine dans la clientèle ; et que les avantages résultant de cette institution étaient, en réalité, pour le patron plutôt que pour le client.

2. Le mari, dans l'administration de la dot, l'associé et le communiste, dans la gestion de la société et de la communauté, peuvent invoquer la même excuse que les tuteurs et curateurs. Ils répondent donc de la faute lourde, sans aucune restriction ; mais en cas de faute légère, ils sont absous, du moment qu'ils se sont com-

portés, comme dans les affaires qui les concernent exclusivement. On donne pour raison de ce tempérament, que les conséquences d'une mauvaise gestion retombent sur le mari, l'associé ou le communiste, aussi bien que sur la femme, et les autres associés ou coïntéressés; que, dès lors, s'ils ont agi comme dans leurs affaires personnelles, on doit admettre qu'ils ont fait tout ce qui leur était possible; et que l'équité ne permet pas d'en exiger davantage; pourvu, bien entendu, qu'ils n'aillent pas jusqu'à la faute lourde.

§ 101.

III. *Étendue de la responsabilité : Dommages et intérêts.*

Lorsque la responsabilité du débiteur est engagée, quelle en sera l'étendue? Le créancier aura droit à une indemnité; en d'autres termes, à des dommages et intérêts. Il importe d'indiquer nettement la signification de ces mots techniques. Le créancier sera indemnisé, en ce sens qu'il sera placé, autant que possible, dans la situation où il serait, si le débiteur s'était exécuté. Il obtiendra des dommages et intérêts, c'est-à-dire la réparation du dommage que lui cause l'inaccomplissement de l'obligation; ou la somme, représentant l'intérêt qu'il avait à son accomplissement.

Il va donc de soi, tout d'abord, que le créancier ne sera fondé à réclamer, que pour autant qu'il éprouve réellement un préjudice. A cet égard, les dommages et intérêts peuvent comprendre, à la fois, la perte que le créancier a subie, *damnum emergens*, et le bénéfice dont il a été privé, *lucrum cessans*. Mais toutes les consé-

quences défavorables qui se seront produites, dans ce double ordre d'idées, à la suite de l'inexécution de l'obligation, devront-elles retomber sur le débiteur?

Pas nécessairement. Car c'est un axiome élémentaire : que chacun répond de son fait, et non pas du hasard, ou du fait d'autrui. De plus, il est également de principe que ce qui détermine la portée d'une convention, c'est la volonté des parties ; que, dans l'obligation conventionnelle, le débiteur n'est lié que parce qu'il l'a voulu, dans la mesure de ce qu'il a voulu ; et que, par conséquent, vu l'impossibilité de vouloir ce qu'il était impossible de prévoir, les effets de cette obligation, soit réguliers, soit accidentels, se limitent forcément à ce qui a pu être prévu lors de la convention. Pour ces deux motifs, le créancier n'a pas droit à la réparation de tout le préjudice essuyé à l'occasion de l'inexécution de l'obligation. Il se peut que des circonstances étrangères au débiteur, par exemple des circonstances fortuites, peut-être même une faute du créancier, aient été pour celui-ci une cause de dommage ; le débiteur n'a pas à en pâtir. Il se peut aussi que le préjudice soit tel qu'il y ait eu impossibilité de le prévoir ; en pareil cas, le débiteur ne devra pas non plus le supporter. De là, il résulte que le dommage, subi par le créancier, ne sera mis à la charge du débiteur, qu'à deux conditions :

1° Qu'il soit une conséquence nécessaire de l'inexécution de l'obligation ;

2° Que le débiteur l'ait prévu ou l'ait pu prévoir, lors de la convention d'où est née son obligation.

Ces deux conditions étant réunies, il s'agit ensuite de fixer, en les prenant pour base, la somme d'argent qui revient au créancier, à titre de dommages et intérêts.

Dans ce travail, il faut procéder, non pas *à priori*, et d'une manière absolue, mais eu égard au créancier, et d'après les circonstances dans lesquelles il se trouvait. C'est ce que commande la signification même des termes « indemnité » et « dommages et intérêts », telle qu'elle a été expliquée ci-dessus. Il est donc indispensable de se placer au point de vue du créancier, et de calculer les avantages qu'il aurait retirés de l'exécution de l'obligation, *id quod creditoris intererat*. C'est la somme, représentant ces avantages, qui lui sera allouée; pourvu, bien entendu, qu'il n'en soit privé que par l'inexécution de l'obligation, et que le débiteur les ait prévus ou ait pu les prévoir, au moment où il s'engageait.

Voilà quelles sont les règles générales qui concernent l'étendue et l'évaluation des dommages et intérêts. Mais à ces règles, la loi fait les exceptions suivantes :

1. Quand la prestation est susceptible d'une estimation certaine, les dommages et intérêts ne peuvent pas excéder la double valeur de l'objet.

2. Le retard dans le payement d'une somme d'argent donne droit à l'intérêt légal, ni plus ni moins.

3. Dans certaines hypothèses, à raison de la mauvaise foi du débiteur; et, parfois, de la difficulté qu'il y aurait pour le créancier de fournir, par les modes ordinaires, la preuve qui lui incombe, il est permis au juge d'autoriser le créancier à estimer lui-même le dommage dont la réparation lui est due; à charge toutefois d'affirmer cette estimation sous serment, *jusjurandum in litem*.

§ 102.

IV. *Est-il permis de déroger aux principes qui précèdent?*

C'est une règle élémentaire, que toute convention licite fait loi entre les parties. S'il en est ainsi, les dispositions légales relatives à la prestation du cas fortuit, de la faute et du dol ne s'imposent pas fatalement au créancier et au débiteur. Dès qu'ils sont d'accord pour y déroger, en aggravant ou en allégeant la responsabilité du débiteur, rien ne s'y oppose; et pareille convention les liera, conformément à l'adage rappelé ci-dessus. Il n'y a qu'une convention, dans cet ordre d'idées, qui soit interdite : c'est celle qui porterait que le débiteur ne sera pas tenu de son dol; car elle encouragerait le dol en lui assurant d'avance l'impunité; et partant elle serait nulle, comme immorale.

Quant au chiffre des dommages et intérêts, rien n'empêche, non plus, les parties de le fixer éventuellement, au moyen d'une clause pénale, *stipulatio pœnæ*. Alors naturellement, il faudra suivre cette clause; et, du moment que la responsabilité du débiteur sera engagée, le créancier aura droit au montant de la peine convenue; sans avoir à produire aucune des justifications, auxquelles il est astreint, lorsqu'en l'absence d'une clause de ce genre, il réclame des dommages et intérêts.

V. *Application des principes qui précèdent.*

Après avoir exposé les principes qui régissent le cas fortuit, la faute et le dol, il nous reste à en faire l'appli-

cation aux différents points de vue, sous lesquels l'inexécution d'une obligation peut être envisagée; c'est-à-dire par rapport à l'objet de la prestation, ainsi qu'au temps et au lieu où elle doit s'effectuer.

A ce dernier point de vue, les suites de l'inexécution n'offrent aucune particularité; et il n'y a rien à ajouter aux règles générales. Il n'en est pas de même des deux autres points de vue. Par rapport à l'objet dû, la règle relative au cas fortuit résout la question du *periculum*; et l'application des principes par rapport au temps fournit la théorie de la demeure, *mora*.

§ 103.

Periculum et commodum.

La chose due vient à périr ou à se détériorer par cas fortuit; nous avons vu que le débiteur ne répond pas de cette perte ou détérioration fortuite; dès lors sur qui retombe-t-elle? Sur le créancier, *periculum creditoris est*. C'est la conclusion nécessaire de ce qu'elle n'incombe pas au débiteur, et de ce que le créancier est la seule personne qui, dans l'obligation, se trouve en présence du débiteur. Pourtant cette solution, si simple et si logique, de la question a été méconnue; et, d'après les commentateurs, c'est sur le *propriétaire* que retombent les risques et périls, *res perit domino*. Cet adage doit être rejeté. Nous venons déjà de le démontrer indirectement et sans réplique : le débiteur ne répond pas des risques et périls; qui donc les supporte? Le créancier. Mais veut-on s'en convaincre mieux encore, il suffit de s'en prendre direc-

tement au prétendu axiome, au moyen du dilemme suivant. De deux choses l'une : ou bien le propriétaire est en même temps créancier; ou bien, il est débiteur. Dans le premier cas, l'adage des commentateurs n'a pas de conséquence erronée; mais il n'en est pas moins illogique, puisqu'il attribue à la qualité de propriétaire ce qui est dû exclusivement à celle de créancier. Dans le second cas, il est radicalement vicieux, tant au fond que dans la forme. Et c'est précisément ce qui arrive dans le contrat le plus usuel et le plus important, savoir dans la vente. En effet, par cela seul que le contrat est conclu, le vendeur a l'obligation de livrer la chose vendue, mais il n'a pas cessé d'être propriétaire; cependant sur qui tombe le *periculum?* sur le créancier, comme tel, quoique non-propriétaire; en d'autres termes, sur l'acheteur; lequel, malgré la perte ou la détérioration fortuite, sera tenu de payer intégralement le prix convenu. Il est donc hors de doute que la formule des commentateurs est à tous égards inadmissible; et qu'il faut la remplacer par la suivante : *Res perit creditori.*

Toutefois, pour qu'il puisse être question d'appliquer cette règle, il faut naturellement que la chose due soit individuellement déterminée, *species.* Alors, en effet, cette chose ayant été anéantie ou détériorée, le débiteur est fondé à dire qu'il lui est impossible de s'exécuter; et, l'impossibilité résultant d'un cas fortuit, il est libéré. Mais quand la prestation a pour objet une quantité de choses fongibles ou tout autre *genus*, l'exécution ne serait rendue matériellement impossible que par l'anéantissement de l'espèce tout entière. Voilà pourquoi l'*obligatio speciei* est seule soumise à la règle ci-dessus exposée; et pourquoi l'on exprime la dite règle, d'une manière plus pré-

cise, en ces termes : *debitor speciei interilu rei liberatur*.

Il se peut aussi que des chances favorables se présentent, et que la chose due reçoive un accroissement de valeur ou de volume, par exemple, par accession. Ce sera également le créancier qui profitera de ces chances favorables. *Cujus periculum, ejus et commodum esse debet*.

§ 104.

De la demeure, mora.

On entend par demeure, *mora*, tout retard imputable, apporté à l'exécution d'une obligation. Ce retard peut avoir pour cause la faute ou le dol; et provenir, soit du créancier, soit du débiteur; de là, deux sortes de demeures : *mora accipiendi* ou *creditoris*, *mora solvendi* ou *debitoris*.

Le créancier est en demeure quand, par un fait ou une omission qui lui est imputable, il retarde l'exécution de l'obligation; par exemple, en refusant d'accepter la prestation due, ou en ne se trouvant pas à l'endroit convenu pour la recevoir.

Le débiteur n'est pas en demeure, par cela seul qu'étant à même d'effectuer une prestation déjà exigible, il ne l'offre pas spontanément; en général, il faut, de plus, qu'une sommation lui ait été adressée par le créancier, *interpellatio*. Ce n'est que dans quelques cas spéciaux que le débiteur est en demeure de plein droit, et sans sommation; on dit alors qu'il y a *mora ex re*, par opposition à

la *mora* ordinaire, qui exige une *interpellatio*, et qu'on nomme *mora ex personâ*. Cela a lieu :

1. Quand l'obligation résulte d'une possession violente et de mauvaise foi, ou d'un délit, particulièrement d'un vol : *Semper moram fur facere videtur*;

2. Toutes les fois que l'exécution de l'obligation n'est possible qu'à un moment donné, de telle sorte que le retard équivaut à une inexécution complète. On a prétendu qu'il y a également *mora ex re* dans les obligations à terme, en ce sens que la seule expiration du terme vaudrait interpellation : *Dies interpellat pro homine*. Mais cette opinion est erronée; car l'arrivée du terme n'a qu'un effet : rendre l'obligation exigible, *præsens;* or, dans l'obligation qui, dès l'origine, est *præsens*, il est hors de doute qu'il faut une interpellation pour constituer le débiteur en demeure. L'obligation, dont le terme est échu, est donc soumise à cette règle; et une interpellation est nécessaire; à moins, bien entendu, que les parties ne soient convenues du contraire; ou bien encore qu'on ne verse dans un des cas où il y a demeure de plein droit.

Conformément aux principes exposés dans les §§ 100 à 102, la partie coupable répond de sa demeure, et doit réparer le préjudice que l'autre partie en éprouve, *id quod ejus interest moram factam non esse*.

La demeure du débiteur aura donc les effets suivants :

1. Il aura à tenir compte, au créancier, des avantages dont celui-ci est privé par la demeure. Cela pourra comprendre les accroissements que la chose a reçus, et spécialement les fruits. Car si une convention les avait laissés au débiteur, elle serait mise à néant, à partir de la demeure. D'ailleurs, le créancier a droit, non seule-

ment aux fruits que la chose a réellement produits, mais encore à ceux qu'elle aurait pu produire entre ses mains. Les fruits civils reviennent également au créancier; toutefois, quand l'obligation a pour objet une somme d'argent, ils consistent dans l'intérêt légal, ni plus ni moins; et l'intérêt s'appelle moratoire.

2. Les risques et périls sont désormais à la charge du débiteur; pourquoi? Parce que la perte, qui peut alors provenir d'un accident, n'est plus, à proprement parler, fortuite. Si le débiteur est actuellement dans l'impossibilité de s'exécuter, c'est à cause de la faute qu'il a commise en se laissant constituer en demeure; et dès lors, en principe, il est responsable. Cependant, pour qu'il doive des dommages et intérêts, il faudra que les conditions, énoncées au § 101, se trouvent réunies. Ainsi, notamment, le créancier n'a droit à rien, dans le cas où la chose eût péri chez lui, aussi bien que chez le débiteur; à moins toutefois qu'il n'ait eu l'occasion d'en tirer parti, par exemple en la vendant.

La demeure du créancier a pour effet d'améliorer la position du débiteur : celui-ci, à la vérité, n'est point libéré; mais il est affranchi de tous les soins qui lui étaient imposés, soit par la loi, soit par une convention particulière; il n'est plus tenu que de son dol. Par contre, elle aggrave la situation du créancier, en ce sens que ce dernier supportera toute perte, autre que celle qui provient du dol du débiteur; et l'aggravation pourra se produire, même à l'égard de la perte fortuite; c'est ce qui arrivera :

1. Lorsqu'il avait été convenu que le débiteur supporterait le *periculum*; la demeure arrête l'effet de cette convention.

2. Quand il s'agit d'une *obligatio generis;* il est possible que l'offre du débiteur détermine l'objet de la prestation, au point d'en faire une *species*, et par suite rende applicable l'adage *Res perit creditori*.

La demeure n'est pas un état irrévocable. Elle cesse, quand une offre valable est faite par la partie coupable : offre, par le débiteur, d'effectuer la prestation due; par le créancier, de la recevoir. Elle cesse également par l'accomplissement de la prestation, ou bien encore par une convention postérieure, expresse ou tacite; par exemple, par la concession d'un nouveau délai au débiteur. La cessation de la demeure met naturellement fin aux effets de la demeure, pour l'avenir; mais les obligations qu'elle a créées à charge d'une partie constituent des droits acquis à l'autre; et, sauf renonciation, ces droits sont maintenus.

CHAPITRE III.

DIVISIONS DES OBLIGATIONS.

Si nous nous conformions à notre procédé habituel, nous aurions à établir les diverses espèces d'obligations, d'après les trois éléments constitutifs de ces droits, c'est-à-dire :

1. Le sujet;
2. L'objet;
3. Le mode d'acquérir prescrit par la loi.

Nous nous écarterons quelque peu de cette classification; et notre exposé prendra pour base :

1. Les personnes qui figurent dans une obligation, à quelque titre que ce soit;

2. La prestation due, abstraction faite de la personne du débiteur;

3. La garantie légale ~~attachée au droit~~; laquelle dépend, le plus souvent, de la manière dont il a pris naissance.

I. — Des obligations, au point de vue des personnes qui y interviennent.

§ 105.

Solidarité.

Toute obligation implique deux personnes déterminées : créancier et débiteur; d'ordinaire, le créancier, comme le débiteur, est unique. Il arrive cependant qu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs; et, en pareil cas, il existe réellement autant d'obligations différentes, qu'il y a de créanciers ou de débiteurs. Telle est la règle; mais à cette règle, il a été fait une exception : il se peut que la pluralité de créanciers ou de débiteurs n'entraîne pas la pluralité d'obligations; en d'autres termes, que l'obligation soit une, malgré l'existence de plusieurs créanciers ou de plusieurs débiteurs. On dit alors que l'obligation est solidaire. Ce qui caractérise la solidarité, c'est donc qu'une seule et même obligation a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers. Cela suppose, évidemment, que la prestation due a le même objet à l'égard de tous les intéressés; mais il n'est pas indispensable que la modalité du lien obliga-

toire soit identique pour tous; ainsi rien ne s'oppose à ce que le lieu du payement soit différent pour les divers débiteurs; ou bien que l'un soit tenu purement et simplement, l'autre sous condition; les mêmes modifications peuvent se produire également pour les divers créanciers.

La solidarité ne se présume pas. Pour qu'elle existe entre créanciers, il faut une clause expresse en ce sens. La solidarité entre débiteurs s'établit aussi de la même façon; mais, en outre, elle a lieu de plein droit dans les cas suivants :

1. Entre codélinquants.
2. Entre cotuteurs et cofidéjusseurs.
3. Entre associés pour le commerce de banque.
4. Entre mandants; et, particulièrement, entre ceux qui ont constitué, conjointement, un capitaine de navire ou un facteur de commerce.

La notion même de la solidarité détermine quels en sont les effets. Chaque créancier est créancier pour le tout; chaque débiteur est lié pour le tout; et pourtant il n'existe qu'une seule obligation.

Il suit de là que dans l'hypothèse de la solidarité entre créanciers, chacun d'eux a qualité pour réclamer du débiteur le payement intégral de la dette, comme pour interrompre la prescription au profit de tous, et pour le tout; mais, par contre, la dette une fois éteinte à l'égard de l'un d'eux, l'est également à l'égard des autres.

De même, dans la solidarité entre débiteurs, le créancier a le droit de poursuivre l'un ou l'autre, à son choix, en exécution de l'obligation entière; l'interruption de la prescription vis-à-vis de l'un des débiteurs, agit également vis-à-vis des autres, et pour le tout; mais aussi, dès que la prestation due a été effectuée par l'un d'eux,

tous sont libérés. Ajoutons (et l'observation s'applique également à la solidarité entre créanciers), que cet effet libératoire est attaché, non seulement au payement, mais encore à tous les modes de libération qui éteignent l'obligation, *ipso jure;* il n'est même pas impossible qu'il en soit ainsi des modes qui n'agissent que *per exceptionem*. Nous nous en expliquerons, ci-après, au titre troisième.

Quant à la question de savoir si celui des créanciers, qui a reçu le tout, doit compte aux autres; si le débiteur, qui a payé le tout, a un recours contre ses codébiteurs; elle ne se résout point par les principes de la solidarité (car celle-ci n'existe et n'agit que des créanciers aux débiteurs); elle dépend uniquement de la situation juridique dans laquelle se trouvent, soit les créanciers entre eux, soit les débiteurs, aussi entre eux. Ainsi, les créanciers sont-ils associés, c'est le contrat de société qui réglera les suites du payement fait à l'un d'eux; sont-ils dans les rapports de mandant à mandataire, il faudra prendre les règles du mandat; et il n'y aura de compte à rendre, que dans le cas où ce sera le mandataire qui aura reçu. La solution est la même pour le payement effectué par l'un des débiteurs solidaires. Ce qu'il faut donc rechercher pour décider à qui profitera ou sur qui retombera, en définitive, la prestation due, ce sont les relations qui lient entre eux les créanciers, ou les débiteurs; c'est d'elles que dépend l'existence ou l'inexistence d'un recours; et, lorsqu'un recours est ouvert, ce sont encore elles qui indiquent l'action qui est donnée pour l'exercer.

II. — DIVISION DES OBLIGATIONS, D'APRÈS L'OBJET DE LA PRESTATION.

§ 106.

Obligatio speciei — generis.

L'*obligatio speciei* est celle dans laquelle la prestation a un objet individuellement déterminé ; toute autre obligation est *obligatio generis*.

Nous avons déjà constaté que ces deux espèces diffèrent, en ce qu'il ne peut être question de la règle : *Res perit creditori*, que dans l'*obligatio speciei*. Elles présentent une seconde différence : c'est que dans l'exécution, l'*obligatio generis* laisse une certaine latitude, un choix à faire entre tous les individus qui rentrent dans le *genus*. Ce choix appartient naturellement au débiteur ; en effet, dès qu'il a fourni un individu quelconque de l'espèce due, il a rempli son obligation. Mais il va de soi que, par convention, le choix pourrait être limité ; ou même attribué, soit au créancier, soit à un tiers.

§ 107.

Obligation alternative.

Cette obligation comprend deux ou plusieurs prestations, mais de telle manière qu'une seule doit être accomplie. Ici encore, il y a un choix à faire, et la question se résout dans les mêmes termes que pour l'*obligatio generis*.

L'obligation alternative est soumise à toutes les règles générales que nous avons rencontrées jusqu'ici ; et l'on

trouve aisément, dans ces règles, la réponse aux questions qui s'élèvent, lorsque l'une des choses dues, ou toutes deux, viennent à périr, soit par cas fortuit, soit par la faute du débiteur ou du créancier.

Passons rapidement en revue ces diverses hypothèses.

A. Lorsqu'une des choses dues a péri;

a. Est-ce par cas fortuit? l'obligation devient pure et simple, et n'a plus pour objet que la chose qui reste;

b. Est-ce par la faute du débiteur? la solution est la même; pourvu, bien entendu, que le choix appartînt au débiteur; car alors celui-ci était libre de s'en tenir à l'une des deux choses; et, en laissant ou faisant périr l'autre, il a usé de son droit. Si, au contraire, le choix était au créancier, il serait loisible à celui-ci de demander la chose qui reste, ou la valeur de celle qui a péri.

c. Enfin, est-ce par la faute du créancier? le débiteur a la faculté, ou bien de se considérer comme libéré; ou bien de fournir la chose qui reste, et de réclamer la valeur de l'autre par l'*actio legis aquiliæ;* à moins toutefois que le choix n'eût été attribué au créancier; auquel cas l'obligation serait éteinte purement et simplement.

Actio legis aquiliæ

B. Lorsque les choses dues ont péri toutes deux, les combinaisons sont encore plus variées; mais elles donnent lieu aux mêmes distinctions. Aussi nous paraît-il inutile de les examiner toutes. Nous ne trouvons qu'une seule hypothèse qui mérite d'être signalée, parce que, à notre sens, la loi n'y est pas restée rigoureusement conforme aux principes : c'est celle où les deux choses dues périssent : la première, par le fait du débiteur; la seconde, par cas fortuit. Il semble que si le choix appartenait au débiteur, celui-ci devrait être libéré; en effet, en détruisant, ou laissant périr par négligence la pre-

mière des choses dues, il n'a fait qu'user de son droit; l'obligation a été par suite restreinte à une prestation unique; et cette dernière étant devenue impossible par cas fortuit, le débiteur devrait être admis à invoquer l'adage : *Res perit creditori*. La loi en a disposé autrement; partant de l'idée que l'impossibilité d'exécution ne se fût pas produite sans un fait antérieur du débiteur, on a vu, dans l'espèce, ce que les commentateurs appellent *casus culpa determinatus;* et par suite, on a accordé au créancier une action en dommages et intérêts.

Il importe de ne pas confondre l'obligation alternative avec l'obligation dite facultative. On a qualifié ainsi celle dans laquelle une prestation est due, mais où le débiteur a la faculté d'en fournir une autre pour se libérer. La différence essentielle entre les deux espèces, c'est que, dans l'obligation alternative, deux prestations sont *in obligatione;* d'où il suit que, l'une étant devenue impossible, l'autre reste due purement et simplement; tandis que dans l'obligation facultative, une seule prestation est *in obligatione;* l'autre n'étant qu'*in facultate solutionis;* et que, par conséquent, si un cas fortuit rend la première irréalisable, le débiteur est libéré.

§ 108.

Obligations divisibles, et indivisibles.

Nous avons vu, au § 13, que l'idée de divisibilité n'a été étendue aux droits, qu'en tenant compte, non pas des droits eux-mêmes, mais de leur manifestation extérieure. Ce qu'il faut considérer ici, c'est donc la prestation due

par le débiteur au créancier. L'obligation est divisible ou indivisible, suivant que la prestation l'est elle-même. Or, quand la prestation est-elle juridiquement divisible? Lorsqu'elle est susceptible de fractionnement, dans le sens que nous avons indiqué au § 13, c'est-à-dire lorsqu'il est possible d'en faire des prestations partielles; de telle manière qu'elles aient toutes la même valeur pour le créancier; et que, réunies, elles se trouvent constituer exactement la prestation entière, telle qu'elle est due.

D'après cela, l'obligation de transférer la propriété est tantôt divisible, tantôt indivisible. Elle est toujours divisible, quand elle a pour objet une *species;* alors même que celle-ci, considérée isolément, serait indivisible. Elle est encore divisible, quand elle porte sur une quantité de choses fongibles, par exemple une somme d'argent; mais toute autre *obligatio generis*, ainsi que l'obligation alternative est indivisible. L'obligation de faire, ou de ne pas faire, est, en général, indivisible; cette proposition ne souffre guère d'exception que pour les travaux qui ont le caractère de choses fongibles.

L'importance pratique de la distinction apparaît au point de vue : de la création, comme de l'exécution de l'obligation; elle consiste en ce qu'une promesse ou une exécution partielle n'est possible que dans l'obligation divisible. Toutefois, cette importance est presque nulle, lorsqu'il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur; par la raison que, même dans l'obligation divisible, le créancier ne peut être contraint à recevoir un payement partiel. Elle ne se produit tout entière, que quand il existe soit plusieurs créanciers, soit plusieurs débiteurs. A la vérité, il y a alors, autant de créances que de créanciers, autant de dettes que de débiteurs; au fond et en

dernière analyse, chaque créancier n'a droit qu'à sa part, chaque débiteur n'est tenu que pour sa part : tel est le principe. Mais si l'obligation est divisible, l'application du principe est des plus simples; tandis qu'elle est impossible, en cas d'indivisibilité. Comment sortir de cette difficulté? Chaque créancier n'a cette qualité que pour une part, chaque débiteur ne doit qu'une part, et il n'y a pas moyen de faire des parts! A première vue, on n'aperçoit qu'une solution : exiger des créanciers qu'ils se réunissent pour réclamer tous ensemble; ou s'il y a plusieurs débiteurs, obliger à les poursuivre tous à la fois et conjointement. Cette solution est celle que commandait la logique; mais elle n'eût pas été sans inconvénients au point de vue des créanciers; et, pour échapper à ces inconvénients, on finit par s'arrêter, en principe, à un autre système, qui a le double défaut : d'être dangereux pour le débiteur, et surtout éminemment illogique. Voici ce système :

1. Y a-t-il plusieurs créanciers, le premier venu d'entre eux est en droit d'exiger, seul, la prestation entière; à charge, cependant, de fournir caution, pour garantir le débiteur contre toute poursuite de la part des autres.

2. Y a-t-il plusieurs débiteurs, l'un ou l'autre, au choix du créancier, peut être poursuivi pour le tout, *in solidum;* seulement le débiteur, ainsi poursuivi, a droit à un délai pour mettre en cause ses codébiteurs.

Tels sont les effets de l'indivisibilité. Sous ce rapport, elle offre une grande ressemblance avec la solidarité; et par suite, on pourrait être tenté de les confondre. Il y a, pourtant, entre elles, une différence radicale. Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler la nature de l'une et de l'autre. Dans l'obligation solidaire, il n'y a qu'une seule

Différence avec la solidarité

par les effets qu'elle produit, et dont voici l'énumération :

1. Le payement qui en a été effectué est valable; *solutum repeti non potest;*

2. Elle peut être opposée en compensation;

3. Elle autorise, le cas échéant, le *jus retentionis;*

4. Elle peut être reconnue civilement, ce qui en fait une obligation civile; ou bien servir de base, soit à une novation, soit à un droit civil accessoire, par exemple une hypothèque, un cautionnement.

Quant à la cause, pour laquelle une obligation est purement naturelle, il est possible de la rattacher à différents ordres d'idées, parmi lesquels on distingue surtout les deux suivants :

1. La qualité personnelle des parties. L'esclave étant privé de la personnalité, il ne peut exister à son profit qu'une obligation naturelle. De même, entre le père et le fils soumis à sa puissance; par la raison qu'aux yeux du *jus civile,* l'un est absorbé dans la personne de l'autre. De même encore, en vertu du sénatus-consulte macédonien, le fils de famille, qui emprunte une somme d'argent, n'est tenu que *naturaliter.*

2. La manière dont le lien obligatoire s'est formé. L'obligation a sa source, en général, nous allons le voir au titre II, soit dans une convention, soit dans un acte unilatéral. En ce qui concerne les conventions, la loi distingue entre les contrats et les pactes; les simples pactes créent seulement une obligation naturelle. Et quant aux faits unilatéraux, lorsqu'ils engendrent une créance en faveur de celui dont ils émanent, cette créance n'est, en général, que naturelle; nous en avons rencontré plusieurs exemples aux §§ 49, 53 et 66.

§ 49 – la créance du spécificateur de bonne foi
§ 53 – l'adjonction faite de bonne foi par le propriétaire de la chose accessoire donne lieu à une indemnité seulement naturelle

TITRE DEUXIÈME.

COMMENT LES OBLIGATIONS NAISSENT.

§ 110.

Division de ce titre.

Nous avons indiqué, sommairement, au paragraphe précédent, deux sources d'obligations. C'est d'abord la *convention*, ou l'accord intervenu entre le créancier et le débiteur; elle établit entre eux l'obligation qui était dans leur intention commune. Puis vient le *délit*, c'est-à-dire le fait unilatéral illicite, que la loi frappe d'une peine; il impose au délinquant l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé et de subir la peine comminée par la loi. Telles sont les sources principales. Cependant, en dehors de ces deux catégories, il existe encore d'autres causes, qui sont de nature à engendrer des obligations : *variæ causarum figuræ*.

D'après cela, le titre deuxième va se diviser en trois sections, qui seront consacrées :

La 1re, aux conventions;

La 2e, aux délits;

La 3e, aux *variæ causarum figuræ*.

SECTION PREMIÈRE.

Des conventions.

INTRODUCTION.

RÈGLES GÉNÉRALES.

§ 111.

Notion.

La convention, c'est le concours des volontés de deux ou plusieurs personnes sur un même point, *duorum vel plurium in idem placitum consensus*. Elle implique donc nécessairement trois choses ou éléments essentiels :

1° Deux ou plusieurs personnes ;
2° Un objet ;
3° Le consentement.

L'objet, *placitum*, est susceptible de varier à l'infini. Il se peut d'abord qu'il soit étranger au domaine du droit; alors évidemment nous n'avons pas à nous en occuper. Dans le domaine juridique, la convention pourra s'appliquer aux diverses espèces de droits, et avoir pour but, soit de les créer, soit de les éteindre, soit même de les conserver, confirmer, garantir, etc. Elle est donc d'une application très étendue; et nous en avons vu plusieurs exemples dans l'étude des différents *jura in re*. Ici notre horizon ne sera pas tout à fait aussi vaste; nous n'allons examiner la convention que relativement aux obliga-

tions; et, même en cette matière, elle ne sera envisagée que comme source d'obligation.

Notons cependant que les principes sont les mêmes pour toutes les conventions, quel qu'en soit l'objet; et si, dans notre exposé, ils sont formulés le plus souvent au point de vue spécial de la création des obligations, il sera néanmoins très facile de les appliquer à d'autres conventions. Il suffira de substituer l'objet sur lequel les parties seront tombées d'accord, et de tenir compte de la nature de cet objet.

Essentialia

CONDITIONS DE VALIDITÉ.

§ 112.

A. *Relativement aux parties.*

Pour intervenir dans une convention, à quelque titre que ce soit, comme créancier aussi bien que comme débiteur, il faut *vouloir;* c'est la conséquence directe de la définition de la convention. Sont donc incapables, tous ceux qui n'ont pas de volonté, c'est-à-dire : les enfants, les fous, les furieux et toutes les personnes qui, pour une cause quelconque, se trouvent privées de l'usage des facultés intellectuelles.

Mais pour devenir débiteur par convention, il ne suffit pas d'avoir une volonté; la loi exige, en outre, un certain discernement. C'est pour ce motif que l'impubère, même sorti de l'enfance, ne peut pas s'obliger sans le concours de son tuteur

Ajoutons que, d'après les principes du *jus civile,* une convention conclue avec un esclave ne pourra rendre

celui-ci ni débiteur ni créancier; et que la capacité des personnes libres, sous puissance, est soumise aussi à quelques restrictions, qui trouvent leur place dans le droit de famille.

§ 113.

B. *Relativement à l'objet.*

Il faudra que la prestation, objet de l'obligation, réunisse les conditions suivantes :

1° Qu'elle soit physiquement et légalement possible. Il va de soi que la loi refuse toute sanction à la convention qui porte sur une prestation matériellement irréalisable; et il en est de l'impossibilité légale comme de l'impossibilité physique; l'une, aussi bien que l'autre, frappe également la convention d'une nullité absolue.

2° Qu'elle soit déterminée, ou du moins susceptible d'être déterminée d'après les données de la convention. Cette seconde condition est encore toute naturelle; en effet, sans cela, il serait impossible de savoir à quoi le créancier a droit, à quoi le débiteur peut être contraint. Mais il n'est pas nécessaire que l'étendue, l'importance ou la qualité de la prestation soit déjà connue d'une manière précise; il suffit que la convention fournisse les éléments nécessaires pour arriver à cette détermination.

3° Que le créancier y ait intérêt. La loi n'est pas faite pour servir les caprices; de là l'adage « Sans intérêt, pas d'action » ; nous pourrions ajouter : « Sans intérêt, pas de convention valable ».

C. *Relativement au consentement.*

§ 114.

Notion.

Etant donné : deux personnes capables, et une prestation, réunissant les conditions qui viennent d'être énoncées, il faudra, pour qu'il y ait convention, que les deux personnes tombent d'accord sur cette prestation. Cet accord, c'est le consentement. Il exige, tout d'abord : la volonté des deux parties ; une simple offre ou proposition, *pollicitatio*, n'a, en général, d'effet que pour autant qu'elle soit acceptée; et l'acceptation n'a lieu utilement qu'aussi longtemps que l'offre subsiste.

En second lieu, les deux volontés doivent concorder parfaitement et à tous égards ; c'est-à-dire porter identiquement sur la même prestation, et sur tous les éléments, soit principaux, soit accessoires, ainsi que sur les modalités de cette prestation. Lorsqu'il y a divergence sur un point quelconque, le consentement fait défaut; et dès lors, pas de convention.

Enfin il ne suffit pas que les deux parties veuillent exactement la même chose; il faut encore que leurs volontés se soient manifestées vis-à-vis l'une de l'autre; qu'elles se soient dirigées l'une vers l'autre, et qu'elles se soient rencontrées. Alors, mais alors seulement, il y a concours de volontés, consentement, et par suite convention.

Quant à la forme, dans laquelle la volonté doit se produire, elle est indifférente; et, sauf disposition contraire

dans la loi ou dans la convention même, elle peut se manifester soit par écrit, soit verbalement; soit même tacitement, c'est-à-dire par un fait qui l'implique nécessairement.

Il reste maintenant à rechercher l'influence que peuvent avoir, sur le consentement, l'erreur, le dol et la violence. L'erreur exclut le consentement; le dol et la violence se bornent à le vicier. Certains auteurs citent, comme un troisième vice du consentement, la simulation. Mais cette opinion est inadmissible. En effet, la simulation consiste à feindre de commun accord, à ourdir ensemble une combinaison, destinée à mettre les apparences en contradiction avec la réalité; par exemple, faire semblant de conclure une convention, alors qu'on n'en conclut aucune; ou bien déguiser une donation sous la forme d'une vente. Or, en pareil cas, les parties sont parfaitement d'accord; c'est la même chose qui est voulue, par l'une comme par l'autre; il y a donc entre elles consentement, et consentement exempt de tout vice. Aussi la simulation ne peut, généralement, être invoquée que par les tiers, au préjudice desquels elle a été concertée. Si, notamment, une convention a eu lieu en fraude des droits des créanciers, ceux-ci ont la faculté d'en poursuivre la révocation; et l'action qui leur est donnée à cette fin s'appelle action paulienne.

§ 115.

De l'erreur.

On appelle erreur, toute notion fausse ou inexacte, toute appréciation non conforme à la réalité.

— L'erreur exclut le consentement
— La violence physique exclut le consentement

L'erreur fait que les parties sont en désaccord, alors qu'elles paraissent être d'accord; en d'autres termes, elle exclut le consentement. Mais pour qu'elle ait cet effet, il faut qu'elle porte :

Ou bien sur la nature de la prestation; ce qui a lieu, quand les parties ont en vue des conventions différentes;

Ou bien sur l'identité de la chose, qui est l'objet de la prestation; par exemple les parties visant la même convention, mais des individus différents.

Dans ces deux cas, les volontés qui étaient en présence sont allées au devant l'une de l'autre; mais elles ont passé, l'une à côté de l'autre; elles ne se sont pas rencontrées.

On enseigne généralement qu'il en est encore de même, quand l'erreur a pour objet un élément essentiel de la prestation; et l'on appelle élément essentiel, celui qui a une importance telle, pour l'une des parties, qu'instruite de l'absence de cet élément, elle n'aurait certainement pas consenti. Cette proposition est vraie, en ce sens que la partie, qui a versé dans l'erreur, ne sera pas liée par la convention. Encore faut-il ajouter que, pour qu'il en soit ainsi, il ne suffit pas que l'élément, sur lequel elle s'est trompée, fût pour elle un élément essentiel; mais qu'en outre cette circonstance doit avoir été connue de l'autre partie. Car il est élémentaire que ce qui constitue la convention, c'est la volonté commune, telle qu'elle s'est manifestée; que ce qui est resté dans le for intérieur de l'une des parties n'a aucun effet juridique sur l'autre; et que, dès lors, il n'est pas permis d'invoquer contre elle un fait, dont elle n'a pas pu soupçonner l'existence. Quant à la question de savoir si tel ou tel élément (par

exemple la substance, l'étendue, la qualité, etc.) est essentiel, elle n'est pas susceptible d'être résolue *à priori;* elle varie selon les espèces; et son appréciation dépend complètement des circonstances dans lesquelles chaque espèce se présente.

DES VICES DU CONSENTEMENT.

la Simulation n'est pas un vice du consentement

§ 116.

Du dol.

On entend, ici, par dol les manœuvres frauduleuses, employées pour tromper une partie et l'amener à consentir. Le dol produit donc une erreur. Si celle-ci porte sur l'un des points indiqués au paragraphe précédent, il va de soi qu'elle empêche la convention de se former. Si non, elle n'exclut pas le consentement; il y a convention; et l'on se demande alors quel sera l'effet du dol.

I Primitivement, cet effet était nul; le dol, comme tel, n'était point frappé par la loi; malgré le dol, la partie X trompée a consenti : *deceptus voluit, sed tamen voluit;* la convention existait; elle devait être exécutée. Pour se mettre en garde contre les manœuvres de son co-contractant, il n'y avait qu'un moyen : prévoir ces manœuvres, et fixer d'avance, par une stipulation, la peine qu'encourrait la partie coupable de dol, *stipulatio pœnæ;* faute de quoi, le dol n'avait aucune influence sur la convention : tant pis pour celui qui s'était laissé tromper. Telle était la rigueur du *jus civile.*

Stipulatio pœnae on l'employait aussi pour garantir la possession de la chose vendue v. p. 266 X

Mais cette rigueur finit par être jugée exorbitante; il parut inique que la partie coupable recueillît le fruit de ses manœuvres; et que fit le préteur? Il donna d'abord l'*exceptio doli*, pour soustraire la partie trompée à l'exécution de la convention. Puis, lorsque la convention avait été exécutée sous l'empire du dol, l'*exceptio doli* ne pouvait plus être d'aucun secours; pour revenir sur les conséquences de cette exécution, il fallait une arme offensive : le préteur, vers la fin de la république, créa une action, l'*actio de dolo*. On en vint même à trouver que l'*exceptio doli* et l'*actio de dolo* n'étaient pas indispensables dans toutes les conventions indistinctement. En effet, quand la convention était *bonæ fidei*, l'*exceptio doli* n'avait pas besoin d'être formellement insérée dans la formule; à quelque moment qu'elle fût proposée, le juge était tenu d'y avoir égard, puisque sa mission était de juger *ex bonâ fide*, ou *ex æquo et bono;* et, pour la même raison, si la fraude avait produit ses effets, la partie trompée n'avait qu'à intenter l'action naissant du contrat de bonne foi; elle obtenait par là, *ex æquo et bono*, la réparation du préjudice qui lui avait été causé. Au contraire, dans les conventions *stricti juris*, on maintint la nécessité de recourir formellement à l'*exceptio doli*, et à l'*actio de dolo;* à l'*exceptio doli*, parce que, dans l'*actio stricti juris*, il était interdit au juge de s'arrêter à une exception non mentionnée *in terminis* dans la formule; à l'*actio de dolo*, parce que les conventions *stricti juris* ne créaient qu'une obligation, ne donnaient lieu qu'à une action, laquelle n'avait pour but que l'exécution pure et simple de cette obligation; de telle sorte que la demande devait être ou bien accueillie, ou bien rejetée, mais toujours tout entière et d'une manière abso-

lue; sans qu'il fût permis au juge de se tenir entre ces deux termes extrêmes, c'est-à-dire d'adjuger ou d'abjuger partiellement les conclusions du demandeur.

En ce qui concerne l'effet du dol, il existe également une différence entre les deux espèces de conventions; différence qui tient encore à la dernière considération qui vient d'être indiquée. C'est que, dans les *negotia stricti juris*, l'*exceptio doli* et l'*actio de dolo* tendent régulièrement à un seul but : la résiliation du contrat; tandis que, dans les *negotia bonæ fidei*, il y a lieu de rechercher quelle a été l'influence du dol. A-t-il déterminé le consentement, en ce sens que, sans le dol, la convention n'eût pas été conclue; il s'appelle alors *causam dans*, et produit le même effet que dans les *negotia stricti juris*, c'est-à-dire la résiliation. Au contraire, a-t-il eu seulement pour résultat de faire accepter par la partie trompée quelque clause plus onéreuse, *dolus incidens*; il ne donne droit qu'à une simple réduction; de manière que la convention se trouve ramenée, précisément, aux effets qu'elle aurait produits en l'absence du dol.

Rappelons aussi que, dans tous les cas, le dol est une cause de restitution en entier.

§ 117.

De la violence.

La violence est physique ou morale. La violence physique est l'emploi de la force brutale; elle est évidemment exclusive du consentement; quand je vous enlève une chose, ou que je m'empare de votre main pour tracer votre

signature au bas d'un écrit, toute volonté de votre part fait défaut; pas de consentement; donc pas de convention. Il en est autrement de la violence morale, c'est-à-dire de celle qui consiste dans une menace. Cette menace inspire la crainte d'un mal, et amène celui auquel elle s'adresse à consentir; mais il n'en a pas moins consenti : *coactus voluit, sed tamen voluit*. Aussi, malgré la violence morale, il y a convention; le *jus civile* donne une action au créancier; mais l'équité s'oppose à ce que la violence porte ses fruits. Le préteur intervient donc ici, comme nous l'avons vu intervenir en matière de dol : il fournit une exception, *exceptio quod metus causâ*, pour repousser la demande d'exécution de la convention; et si l'exécution a eu lieu sous l'empire de la violence, la partie lésée a l'*actio quod metus causâ*. Ajoutons aussi que la violence est une cause de restitution en entier.

Jusqu'ici l'analogie entre le dol et la violence morale est frappante; et tous deux présentent avec l'erreur cette différence caractéristique : que l'erreur exclut le consentement; tandis que le dol et la violence morale ne font que le vicier; différence caractéristique qui conduit aux conséquences importantes que voici :

1. Le moyen de défense qui consiste à invoquer l'erreur, constitue une *litis contestatio negativa*, pure et simple; le dol et la violence donnent lieu à une exception proprement dite.

2. L'erreur empêchant la convention d'exister, peut être invoquée par tous ceux qui y ont intérêt; tandis que le dol et la violence ne vicient le consentement que de la partie qui en est victime; et en conséquence, celle-ci seule est en droit de s'en prévaloir.

3. La confirmation n'est pas possible en cas d'erreur, mais

bien en cas de dol ou de violence; et la confirmation peut être expresse ou tacite. Elle est expresse, quand la partie lésée manifeste formellement sa volonté à cet égard; tacite, quand elle pose un acte qui implique nécessairement, dans son chef, cette volonté. Mais il va de soi qu'expresse ou tacite, la confirmation ne peut avoir lieu qu'après la découverte de la fraude ou la cessation de la violence.

Différence — entre le dol et la violence (morale)

Est-ce à dire cependant que la violence ait été en tous points assimilée au dol? Pas précisément. Le dol, conformément aux principes généraux, n'a d'influence sur la convention que s'il émane de l'une des parties; et c'est ce qui a toujours été supposé dans le paragraphe qui précède. En effet, c'est une règle fondamentale du droit, que chacun ne répond que de ses actes. Si donc une manœuvre frauduleuse, pratiquée par un tiers à mon insu, vous décide à traiter avec moi, il ne vous sera pas permis de m'opposer cette manœuvre; vous n'aurez l'*actio de dolo* que contre le coupable, et pour réclamer des dommages et intérêts. Cette règle a subi une atteinte en matière de violence : l'*exceptio metus* est donnée, alors même que le demandeur serait resté complètement étranger à la violence; et l'*actio metus* appartient à la victime contre toute personne qui profite de la violence, ou qui se trouve en possession de la chose extorquée; ce qui a fait dire que l'*exceptio* et l'*actio metus* sont *in rem scriptæ*. *

l'actio et l'exceptio metus sont in rem scriptae c. à d. qu'elles peuvent être intentées contre quiconque possède la chose.

L'*actio metus* offre encore cette particularité, qu'elle est pénale, en ce que le défendeur qui succombe est condamné à payer le quadruple du dommage causé; et en même temps elle est arbitraire, de telle sorte que le défendeur échappe à cette condamnation, en effectuant volon-

— Elles sont pourtant personnelles — elles sont attachées à la chose.

* p.p. 263

tairement la restitution qui est le véritable but de l'action.

Tels sont les effets de la violence. Mais comme nous l'avons dit en débutant, c'est l'équité qui a dicté ces mesures; et il est clair d'autre part que ces mesures ne doivent atteindre la violence, que pour autant qu'elle est susceptible d'agir réellement sur le consentement. Il résulte de là que, pour produire les conséquences ci-dessus indiquées, la violence morale devra réunir les conditions suivantes :

1° Être injuste. Si le mal, dont je vous menace, n'est que l'exercice d'un droit, vous n'avez pas à vous plaindre : *qui jure suo utitur neminem lædit*.

2° Être sérieuse, c'est-à-dire de nature à faire impression sur une personne raisonnable, en lui inspirant la crainte d'un mal considérable et imminent.

EFFET DES CONVENTIONS.

§ 118.

En général; naturalia.

La convention produit l'effet qui était dans l'intention commune des parties, au moment où elle a été conclue. Ce qu'il importe de rechercher, c'est donc cette intention commune, telle qu'elle s'est manifestée extérieurement. L'effet de la convention est précisément celui sur lequel les parties se sont rencontrées.

D'après cela, les conséquences d'une convention, et la qualification légale qui lui revient dépendent moins de la dénomination qu'il plaît aux parties de lui donner, que

des éléments intrinsèques qu'elle réunit, et sur lesquels l'accord commun s'est formé. C'est là ce qui constitue le caractère distinctif de la convention; c'est là, en même temps, ce qui détermine le régime auquel elle est soumise.

Il arrive quelquefois qu'un acte présente les éléments de plusieurs conventions. Comment devra-t-il être considéré? Distinguons. Ou bien l'un de ces éléments est principal et l'autre accessoire; dans ce cas, la convention se qualifie tout entière d'après l'élément principal; *accessio cedit principali*. Ou bien, il n'existe pas entre ces éléments un rapport tel, que l'un soit principal et l'autre accessoire; alors, l'acte est régi par les principes combinés des diverses conventions; en ce sens que, pour chaque point à décider, il faut voir quelle est celle dont l'acte participe relativement à ce point, et y appliquer le régime de cette convention.

L'effet de la convention se produit du jour où elle est parfaite. L'obligation, qu'elle a pour but de créer, fait partie du patrimoine, et se transmet tant activement que passivement. Toutefois, dans certaines conventions, la personne qui intervient dans la prestation est un élément essentiel de cette prestation; et, par suite, conformément à la volonté présumée des parties, la mort de l'une d'elles peut mettre fin à la convention. C'est ce qui a lieu dans le louage de services, le mandat, la société.

La portée de la convention étant déterminée par la volonté commune des parties, il va de soi que, si cette volonté vient à changer, la convention change également; et que, du moment où un nouvel accord est intervenu, la convention primitive est modifiée ou transformée dans la mesure qui a fait l'objet de cet accord.

Résiliation — Il se peut aussi que les personnes, liées par la conven-

tion, consentent à la dissoudre. Dans cette hypothèse, elle cesse d'agir. Mais il faut, pour cela, la volonté commune. En général, la volonté d'une seule partie serait insuffisante; alors même que l'autre manquerait à ses engagements. Il en est toutefois autrement dans les contrats innommés; là, le *jus pœnitendi* est de droit; et, le débiteur restant en défaut, le créancier a la faculté de demander la résiliation. De même, dans les conventions dont l'exécution n'est pas instantanée, mais continue; comme la société et le louage; si une partie manque à ses obligations, la résiliation peut être réclamée. Et, dans les mêmes contrats, lorsque aucune durée n'a été ni expressément ni tacitement convenue, il est loisible à chacun d'y renoncer quand bon lui semble.

Telles sont les règles générales relatives à l'effet des conventions. Mais, ainsi qu'il a été dit au § 18, pour tous les actes juridiques, il est permis aux parties de modifier les conséquences naturelles des conventions. A cet égard, la loi laisse aux intéressés la plus grande latitude; et toute clause sur ce point devra être suivie, du moment qu'elle réunit les conditions indiquées aux §§ 112 et suivants. Il résulte de là que les dérogations aux effets naturels des conventions peuvent varier à l'infini. Nous n'avons qu'à renvoyer, pour les principes, aux §§ 19 et 20; et nous nous bornerons à appliquer ces principes aux conventions, envisagées comme source d'obligations.

§ 119.

Modifications principales : Condition et terme.

La condition est un événement futur et incertain, dont dépend l'efficacité d'un acte. Ici l'acte est une convention; et le but de l'acte, la création d'une obligation. La condition, dont nous allons nous occuper, est donc celle qui s'appelle spécialement suspensive. Rappelons également les autres espèces qui ont été indiquées au § 19, et montrons-en l'importance en matière de convention.

La seule règle de droit qui se rattache ici à la division en conditions casuelles, potestatives et mixtes, c'est que la condition potestative peut annuler la convention; mais pour qu'elle ait cette portée, il faut qu'elle soit *purement potestative* de la part du débiteur, au point que le débiteur ne soit tenu que s'il le veut bien, *si volet;* ce qui réduit la règle à une véritable trivialité.

L'application de ce qu'on appelle assez improprement condition impossible est un peu plus importante. La condition physiquement impossible a un effet différent, suivant qu'elle est positive ou négative, c'est-à-dire suivant qu'elle consiste dans l'arrivée ou dans la non-arrivée de l'événement impossible. Est-elle positive, elle annule la convention; ou plutôt, il est immédiatement certain que celle-ci n'aura aucun effet; puisque l'événement est irréalisable. Est-elle négative, elle est censée ne pas exister; et par suite, la convention est considérée comme pure et simple; elle produit donc, à l'instant ses effets; pourvu bien entendu qu'elle réunisse tous les éléments de validité requis par la loi. Les mêmes règles sont générale-

ment, et pour les mêmes motifs, applicables aux conditions légalement impossibles. Cependant si une promesse a été faite à quelqu'un, pour le cas où il s'abstiendrait d'un acte illégal, elle a un objet contraire à la loi; et, pour cette raison, la convention même est frappée de nullité.

Quant à l'influence de la condition, elle est indiquée dans la définition même qui a été rappelée ci-dessus; et pour bien la préciser, il faut reprendre les trois hypothèses possibles, savoir : persistance de l'incertitude qui caractérise la condition, *condicio pendet;* ou bien cessation de cette incertitude; soit parce qu'il devient certain que l'événement n'arrivera pas, *condicio deficit;* soit parce que cet événement est arrivé, *condicio existit.*

I. *Condicio pendet :* l'obligation, objet de la convention, est en suspens. Elle n'existe pas; *nondum debetur.* Existera-t-elle? Peut-être; *spes est debitum iri.* Telle est la double idée qui détermine la portée de la convention conditionnelle, pendant cette période. De ce que l'obligation n'existe pas, *nondum debetur*, il résulte :

1. Que le créancier éventuel n'a rien à prétendre;

2. Que le débiteur éventuel n'est tenu à rien. Si donc il livre la chose éventuellement due, il ne sera pas présumé avoir eu bénévolement l'intention d'en transmettre immédiatement la propriété, ni même la possession; il aura conservé la propriété, et par suite il sera libre d'intenter la revendication. Mais s'il a eu l'intention de transmettre actuellement la propriété (par exemple, s'il se croyait débiteur pur et simple et qu'il ait voulu se libérer); ou bien, si, pour tout autre motif, le droit de propriété, dans son chef, est anéanti, la revendication lui échappe, et il a à sa disposition la *condictio indebiti.*

— D'autre part, l'éventualité créée par la convention, *spes debitum iri*, produit les conséquences suivantes :

1. Le débiteur éventuel ne peut rien faire pour empêcher la condition de s'accomplir ; il doit laisser les choses suivre leur cours. Sinon, la condition est censée accomplie, et l'obligation prend naissance.

2. Cette éventualité entre immédiatement dans le patrimoine des contractants, et par suite se transmet à leurs héritiers, tant activement que passivement.

3. Elle peut aussi être l'objet d'une garantie ou d'une novation ; et il est permis, pour la sauvegarder, de prendre des mesures conservatoires.

II. *Condicio deficit* : La convention n'a aucun effet ; et il est certain qu'elle n'en aura aucun.

III. *Condicio existit* : L'obligation prend naissance ; et, conformément à l'intention présumée des parties, elle rétroagit au jour où la convention a été conclue. Il suit de là que le *commodum*, avenu dans l'intervalle qui sépare le jour où la convention s'est formée, du jour où la condition s'est accomplie, sera pour le créancier. Il profitera donc des augmentations de valeur, des accroissements, ainsi que des fruits. Par contre, il devra subir les dépréciations ou détériorations fortuites. Mais qu'arrivera-t-il si, dans ce même intervalle, la chose a péri? Dans ce cas, au moment où la convention devait agir et l'obligation prendre naissance, il n'existe plus d'objet ; or, sans objet, il est impossible que l'obligation se forme ; il n'y a donc pas de créancier, et par suite il ne peut être question d'invoquer l'adage *Res perit creditori*. A la vérité, la condition, une fois accomplie, rétroagit au jour où la convention a été conclue ; mais pour avoir un effet rétroactif, il faudrait commencer par avoir un effet ; et

On n'applique pas l'adage Res perit creditori lorsqu'il y a perte totale p. c. q. il n'y a pas de créancier v. p. 213 *

c'est précisément ce qui manque dans l'espèce, à défaut d'objet. Il y a donc à distinguer entre la perte partielle et la perte totale de la chose due en vertu d'une convention conditionnelle; la première seule est à la charge du créancier : ce que les commentateurs ont résumé, en disant que le *periculum deteriorationis* est pour le créancier, tandis que le *periculum interitus* retombe sur le débiteur.

On trouvera, au § 20, la définition et les diverses divisions du terme. Nous n'avons à ajouter ici que deux observations.

La première, c'est que dans les conventions, le terme constitue une faveur pour l'un ou pour l'autre des contractants, quelquefois même pour tous deux. S'il a été ajouté dans l'intérêt d'un seul, la volonté de celui-ci suffira pour le faire tomber; si c'est dans l'intérêt des deux, il faudra le concours des deux volontés. Cela est élémentaire.

La seconde observation porte sur la nature même du terme, et a pour but de rappeler la différence qu'il présente avec la condition. Le terme est un événement futur, mais certain; la condition est un événement à la fois futur et incertain; tel est l'élément caractéristique, au moyen duquel on distingue l'un de l'autre. Et il est indispensable de les distinguer; car la portée qu'ils ont sur la convention est toute différente. La condition, tant qu'elle est pendante, empêche l'obligation d'exister, *nondum debetur;* nous venons d'en déduire les conséquences. L'influence du terme, au contraire, ne se rapporte qu'à l'exécution de la convention; malgré le terme, la convention agit immédiatement; il y a un créancier et un débiteur; seulement celui au profit duquel le *dies à quo* a été ajouté, ne peut pas être contraint à l'exécution

avant l'expiration de ce terme. Mais s'il s'exécute, soit en connaissance de cause, soit même parce qu'il ignore l'existence du terme ou le croit expiré, l'exécution de l'obligation ou le payement est valable, et ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*. Telle est l'une des principales différences pratiques qui existent entre la condition et le terme; elle suffit à démontrer combien il importe de ne pas les confondre, et combien est fausse la maxime d'après laquelle : « Qui a terme ne doit rien ».

§ 120.

Entre qui la convention produit ses effets.

La convention n'existe que par la volonté des parties; ses effets sont déterminés par la volonté des parties; donc c'est entre elles que ces effets se produisent, rien qu'entre elles; la convention n'agit pas à l'égard des tiers : *res inter alios acta, aliis nec nocet, nec prodest.* Ce n'est pas à dire cependant que la convention sera nulle, chaque fois qu'on y verra apparaître le nom d'un tiers; la règle est que la convention, avenue entre A et B, ne peut rendre que A ou B, soit créancier, soit débiteur; et, pour ne pas exagérer la portée de cette règle, il ne sera pas inutile d'examiner avec soin les diverses nuances que peut présenter l'intervention d'un tiers, du côté du débiteur, ou du côté du créancier.

I. Je vous promets le fait d'un tiers. Pareille convention est nulle; elle ne rend débiteur ni le tiers, ni moi; le tiers, parce qu'il n'y a pas consenti; moi, parce qu'il m'est matériellement impossible de prester le fait d'autrui. Mais changeons quelque peu les termes de l'enga-

gement : je vous promets de faire en sorte qu'un tiers accomplisse telle prestation dans votre intérêt ; ou bien, je me porte fort qu'il effectuera cette prestation. Alors j'ai promis mon fait, et la convention me lie. De même, si je vous promets une prestation à faire par un tiers et par moi, la convention sera valable, en ce qui me concerne, et m'obligera pour ma part, c'est-à-dire, à défaut d'indication contraire, pour moitié.

II. Je stipule de vous pour autrui. La convention est également nulle ; elle ne rend créancier ni le tiers, ni moi : le tiers, parce que vous n'avez pas consenti à être lié envers lui ; moi, parce que je n'ai aucun intérêt à la prestation. Mais il n'est pas impossible que j'aie intérêt à l'accomplissement de la prestation promise : si, par exemple, cette prestation m'incombait à moi-même ; dans ce cas, l'obstacle à la validité de la convention disparaît ; et j'ai le droit de vous contraindre à tenir votre promesse. De même, si vous vous engagez à me payer une somme d'argent pour le cas où vous ne feriez pas telle chose en faveur de X ; l'engagement est parfaitement valable vis-à-vis de moi, mais subordonné à une condition ; et le tiers X ne figure que dans la condition ; de telle sorte que la chose à faire en faveur de X ne pourra être réclamée ni par X, ni par moi : mon droit se bornant à exiger la somme promise, si la condition vient à se réaliser. Enfin, lorsque je stipule à la fois pour un tiers et pour moi, la stipulation est valable en ce qui me concerne, et me constitue créancier pour ma part, c'est-à-dire, pour moitié, sauf dérogation.

Il est donc démontré que la convention n'est pas nulle par cela seul que le nom d'un tiers y apparaît ; il n'en est ainsi, que pour autant qu'on aurait promis le fait du

tiers ou stipulé à son profit; en d'autres termes, ce qui est impossible, c'est qu'une convention entre A et B rende créancier ou débiteur un individu, autre que A et B.

Tel est le sens exact de la règle *Res inter alios acta, etc.* On a l'habitude de citer de nombreuses dispositions, comme constituant des exceptions à cette règle. Mais la plupart de ces soi-disant exceptions ne sont qu'apparentes. Ainsi, le créancier ou le débiteur venant à mourir, l'obligation se transmet, en général, tant activement que passivement; c'est un autre individu physique qui est devenu créancier ou débiteur; mais, l'héritier continue la personne de son auteur; et, par conséquent, il est censé être intervenu à la convention dans la personne de son auteur. De même, lorsqu'une personne sous puissance stipule, la stipulation profite au *paterfamilias;* c'est lui qui est créancier. Mais d'après les principes qui régissent l'organisation de la famille, les *alieni juris* sont confondus dans la personne du *paterfamilias;* ils ne font qu'un avec lui; il est donc censé avoir figuré lui-même, par leur intermédiaire, dans la stipulation qui le rend créancier. De même encore, dans tous les cas de cession, soit volontaire, soit forcée; le cessionnaire, ou celui qui agit comme tel, est resté étranger à la convention, d'où procède l'obligation; et cependant il a l'action destinée à faire valoir l'obligation; mais, ainsi que nous l'avons établi aux §§ 96 et 97, le cessionnaire n'est point créancier; il ne fait qu'exercer, comme *procurator in rem suam,* l'action du cédant qui est encore créancier; et, juridiquement parlant, le débiteur est alors en présence du cédant lui-même. De telle sorte que, dans tous les cas de cession, pas plus que dans les deux autres qui précèdent, la règle *Res inter alios acta* ne reçoit en réa-

lité aucune atteinte. Les deux seules exceptions véritables sont les suivantes :

1. Dans la constitution de dot par un ascendant de la femme, on peut convenir que la dot sera restituée à la femme ou à un autre membre de la famille.

2. Dans la *donatio sub modo*, la charge peut être établie en faveur d'un tiers.

§ 121.

Divisions des conventions.

Les conventions se divisent en :

1. Unilatérales, et bilatérales ou synallagmatiques. On appelle unilatérales, celles qui n'imposent d'obligation qu'à l'une des parties; bilatérales ou synallagmatiques, celles qui en imposent à toutes deux.

Les obligations qui se trouvent ainsi en présence dans la convention synallagmatique sont corrélatives; l'une est la cause de l'autre, et *vice versâ;* elles dépendent l'une de l'autre; elles ont toutes deux la même intensité. Il suit de là que, sauf convention contraire, l'une des prestations dues ne peut être exigée sans que l'autre soit effectuée, ou du moins offerte; et que, si l'on procède autrement, l'action sera repoussée par l'*exceptio non adimpleti contractus*.

Les conventions unilatérales ne créant qu'une obligation, ne créent non plus qu'une action; tandis que les conventions bilatérales peuvent donner naissance à autant d'actions qu'il y a d'obligations. Mais il arrive parfois qu'une convention, au jour où elle est conclue, n'engendre d'obligation qu'à charge de l'une des parties; et que plus

tard, le débiteur est amené à subir des pertes ou à faire des frais dont il doit lui être tenu compte, de telle sorte que le débiteur devient à son tour créancier, et obtient alors une action contre son co-contractant. C'est ce qui se présente notamment dans le mandat, dans le commodat, dans le dépôt : il ne résulte de ces conventions, au moment où elles interviennent, qu'une seule obligation; il n'en résulte non plus qu'une seule action : *actio mandati, commodati, depositi*. Ce n'est que plus tard, au cours de l'exécution donnée au contrat, qu'une obligation peut éventuellement prendre naissance au profit du débiteur primitif; et l'action par laquelle il fera valoir cette obligation, porte le même nom que celle à laquelle il est soumis. Seulement on y ajoute un qualificatif; on l'appelle *contraria*, pour la distinguer de celle qui a pour objet l'obligation créée directement et nécessairement par le contrat même, et qui pour cette raison s'appelle *directa*.

Ces conventions, dans lesquelles peut se rencontrer une *actio contraria*, sont d'habitude désignées sous le nom de conventions synallagmatiques imparfaites; par opposition aux synallagmatiques parfaites, que nous avons définies ci-dessus, et qui, du moment où elles existent, obligent chacune des parties. Dans cette terminologie, on réserve le nom d'unilatérales ou essentiellement unilatérales à celles qui ne créent et ne peuvent créer d'obligation qu'à charge de l'une des parties.

2. A titre onéreux et à titre gratuit. Les conventions sont à titre onéreux, quand l'avantage qui en résulte est ou doit être payé par un *équivalent*; sinon, elles sont à titre gratuit. Donc toutes les conventions synallagmatiques sont à titre onéreux

3. *Stricti juris* et *bonæ fidei*. Cette division est en rapport intime avec la première division qui vient d'être

c'est le propre du negotium stricti juris d'avoir un objet invariablement déterminé.

exposée, en ce sens : qu'en général, les conventions essentiellement unilatérales sont *stricti juris*, tandis que les conventions synallagmatiques, parfaites ou imparfaites, sont *bonæ fidei*.

4. Contrats et pactes. Les conventions sont des contrats, lorsqu'elles ont une *causa civilis;* lorsqu'elles n'en ont pas, elles s'appellent pactes.

Or, qu'entend-on par *causa civilis?* Il n'est guère possible d'en donner une définition; car elle n'a pas toujours la même consistance. Elle est tantôt intrinsèque ou matérielle; tantôt extrinsèque ou purement formelle; de là diverses espèces de contrats, qui tirent leur qualification, précisément de la nature même de la *causa civilis*.

La *causa civilis* est intrinsèque ou matérielle dans les contrats consensuels et dans les contrats réels. Elle consiste, pour les premiers, dans la réciprocité des obligations que fait naître le contrat; chaque partie s'engage; et la prestation, à laquelle chacune s'oblige, a pour cause la prestation que l'autre lui promet. Or, cette réciprocité existant par cela seul qu'il y a accord commun des parties, l'obligation naît *solo consensu*, et le contrat est nommé consensuel. Cinq contrats appartiennent à cette catégorie : la vente, le louage, la société, le mandat et le contrat emphytéotique. La *causa civilis* des contrats réels consiste également dans la réciprocité; mais celle-ci s'y manifeste d'une autre façon; dans les contrats consensuels, la prestation qui motive l'engagement est une prestation à faire, une prestation promise; dans les contrats réels, c'est une prestation déjà effectuée. Il ne suffit donc pas que les parties soient d'accord; il faut de plus, pour la perfection du contrat, l'accomplissement d'une prestation en faveur de celle qui s'oblige; et, comme cette pres-

tation est, le plus souvent, la remise d'une chose, on dit que *re contrahitur obligatio*, et le contrat est appelé réel. Nous trouvons dans cette classe : le *mutuum*, le commodat, le dépôt, le contrat de gage et les contrats innommés.

Enfin la *causa civilis* est purement formelle dans les deux dernières espèces de contrats. Elle consiste, pour l'un, dans l'emploi de paroles : d'où son nom de contrat verbal; pour l'autre, dans certaines écritures, ce qui l'a fait nommer contrat littéral.

Telle était la *causa civilis ;* tel était l'élément caractéristique qui marquait la distinction entre le contrat et le pacte; et cette distinction avait une importance capitale. A l'origine, les contrats étaient les seules conventions, qui fussent considérées comme ayant un caractère parfaitement réfléchi; les seules, par conséquent, d'où naissait une obligation civile. Les pactes n'étaient pas nuls; mais le législateur semblait douter de leur caractère sérieux; et en conséquence il n'en faisait dériver qu'une obligation naturelle. Seulement, cette différence nettement tranchée n'est pas restée intacte; il est arrivé que certains pactes ont été confirmés, c'est-à-dire que l'obligation, qui en découle, a été munie d'une action et élevée ainsi à la hauteur d'une obligation civile. Ces pactes ont été confirmés : les uns par la jurisprudence; ce sont les *pacta adjecta;* d'autres, par le préteur; ils portent le nom de « pactes prétoriens »; d'autres encore, par des constitutions impériales; on les appelle pactes légitimes. En dehors de ces trois classes, le pacte continue à n'engendrer qu'une obligation naturelle; il est qualifié simple pacte, *pactum nudum*, par opposition aux *pacta confirmata* ou *vestita*.

Nous allons examiner successivement ces diverses espèces de contrats et de pactes.

CHAPITRE PREMIER.

DES CONTRATS.

I. — CONTRATS CONSENSUELS.

1. Vente, *emtio venditio*.

§ 122.

Définition.

La vente est le contrat consensuel par lequel l'une des parties s'oblige à livrer une chose à l'autre, pour la lui faire avoir, moyennant payement d'un prix en argent.

Les deux éléments caractéristiques du contrat, ceux sur lesquels les parties doivent être d'accord pour que la convention constitue une vente, sont donc : d'une part, que l'une s'engage à livrer une chose; d'autre part, que la contre-valeur à fournir consiste en argent.

Le vendeur s'oblige, non à transférer la propriété, *dare*, mais à *tradere*, c'est-à-dire à transmettre la possession et pour toujours, *ut rem emtori habere liceat*.

Le prix à fournir par l'acheteur doit consister principalement, sinon exclusivement, en une somme d'argent. Pourquoi? Pour qu'il soit possible de distinguer l'échange de la vente; et de déterminer, dans la vente, qui est vendeur et qui acheteur; double distinction qui a une grande utilité : la première, parce que l'échange et la vente diffèrent, non seulement par les éléments requis pour leur

perfection, mais encore par les conséquences qui en dérivent; la seconde, parce que la loi ne met pas le vendeur et l'acheteur absolument sur la même ligne.

Ajoutons, et cela va de soi, que le prix doit être réel, *verum*. Cette qualité manque si l'intention des parties est que le prix ne soit pas payé; ou bien, s'il est tellement minime qu'il soit impossible de le considérer comme sérieux. Dans les deux cas, il n'y a pas de prix, donc pas de vente. Il se peut cependant qu'il y ait une autre convention; par exemple, une donation ; mais naturellement, il faudra suivre alors les règles de la donation, au point de vue de sa validité, comme de ses effets.

CONDITIONS DE VALIDITÉ.

§ 123.

En général.

On résume, d'habitude, les éléments essentiels de la vente dans les trois mots : *res, pretium* et *consensus*. La vérité est que ce sont là les éléments principaux; mais il est évident qu'il y faut ajouter la capacité des parties; de sorte que les conditions requises pour la validité de la vente se rapportent aux trois points qui se rencontrent dans toute convention, savoir : les parties, l'objet et le consentement; avec cette seule remarque, qu'ici l'objet est double, et consiste d'un côté dans la chose vendue, *res;* de l'autre, dans le prix d'achat, *pretium*.

Nous allons traiter successivement de ces trois points.

Quant aux parties, elles doivent être toutes deux capables de s'obliger, conformément aux règles générales.

Mais il existe quelques restrictions qui concernent spécialement la vente. Ainsi, notamment, il est interdit aux tuteurs, curateurs et mandataires d'acheter les biens dont l'administration leur est confiée. Cette interdiction a pour but de ne pas placer les dits administrateurs entre leur intérêt, comme acheteurs, et leur devoir, comme mandataires du vendeur.

Les explications relatives aux autres éléments de la vente exigent un peu plus de développements; elles vont être données dans les trois paragraphes qui suivent.

§ 124.

Res.

Toute chose indistinctement, soit corporelle, soit incorporelle, peut être l'objet d'une vente, du moment qu'il n'y a pas impossibilité physique ou légale de la faire avoir à l'acheteur. Ce n'est là que l'application d'un principe qui régit toutes les conventions; et de ce principe découlent directement les conséquences suivantes :

La vente d'une chose corporelle est nulle, lorsqu'au moment de la vente, cette chose n'existe plus, ou bien se trouve hors du commerce, ou bien encore appartient déjà à l'acheteur; mais rien n'empêche de vendre la chose d'autrui, ou une chose future. Dans ce dernier cas, la vente est aléatoire; et l'*alea* peut être plus ou moins considérable, selon qu'elle porte, soit sur l'existence même de la chose, *emtio spei;* soit seulement sur l'étendue, la quantité ou la qualité de cette chose, *emtio rei speratæ.* L'*emtio spei* est une vente pure et simple; l'acheteur a droit à tout ce que produit l'espérance; et en revanche,

quel que soit ce produit, fût-il même nul, l'acheteur est tenu de payer le prix convenu. L'*emtio rei speratæ*, au contraire, est une vente conditionnelle; l'acheteur n'a droit qu'à la chose même qui a été promise; mais son obligation de payer le prix ne prend naissance que si cette chose vient à exister. L'*emtio rei speratæ* a donc le caractère aléatoire à un moindre degré que l'*emtio spei;* et c'est pour ce motif que, dans le doute, la convention s'interprète plutôt comme *emtio rei speratæ*.

Choses incorporelles

Parmi les choses incorporelles, l'application du principe rappelé ci-dessus oblige à faire les distinctions suivantes. Une servitude personnelle n'est pas susceptible d'être vendue par le titulaire de cette servitude; il est cependant permis à l'usufruitier de vendre l'exercice de son droit. La servitude prédiale ne peut être vendue qu'avec le fonds dominant. Les droits d'emphytéose et de superficie peuvent être l'objet d'une vente. Les droits de gage et d'hypothèque également, mais seulement avec la créance qu'ils servent à garantir. Quant à la créance, *nomen*, nous savons que ce qui est susceptible de vente ou de cession, ce n'est pas la créance même, mais l'exercice de cette créance, c'est-à-dire l'action destinée à la faire valoir.

Hérédité

vente de l'hérédité d'une personne encore vivante.

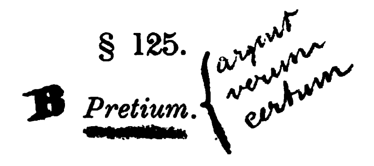
La vente d'une hérédité ouverte est licite, et peut constituer soit une *emtio spei*, soit une *emtio rei speratæ*. Il en est autrement de l'hérédité d'une personne encore vivante; la loi n'en autorise la vente que pour autant que le *de cujus y consente*, et meure sans s'être rétracté. On donne habituellement deux motifs à l'appui de cette disposition : d'abord que l'objet vendu, *hereditas viventis*, n'est pas *in natura rerum;* et en second lieu, que la convention est immorale; ce qui revient à dire que

la vente de l'*hereditas viventis* serait nulle, parce que la prestation, qui en est l'objet, serait à la fois physiquement et moralement impossible. La première de ces raisons est inadmissible ; parce que s'il est vrai que l'*hereditas viventis* n'est pas *in rerum natura*, elle a cela de commun avec toutes les choses futures ; et que du moment où une chose, n'existant pas encore actuellement, peut venir à exister, l'engagement de la fournir n'a rien d'impossible ; d'ailleurs s'il y avait réellement impossibilité physique, en quoi et comment pourrait-elle disparaître par suite du consentement que donnerait le *de cujus ?* — La seconde raison n'est pas plus plausible. En effet, l'opération dont il s'agit serait immorale, parce qu'elle pourrait faire désirer la mort du *de cujus ;* mais si la possibilité de ce *votum mortis* suffit pour entacher d'immoralité et annuler une convention, il faudra appliquer la même règle à tous les actes où cette possibilité se rencontre, c'est-à-dire à tous les actes d'où dérivent des droits et des avantages purement viagers. Or, est-ce là ce qu'a fait le législateur ? En aucune façon. Au surplus, encore une fois, s'il était exact que la prestation fût moralement impossible, est-il soutenable que la volonté du *de cujus* aurait la vertu d'enlever pareille immoralité ? Évidemment non. A mon sens, il faut donc rejeter les deux motifs par lesquels on cherche à justifier la disposition qui prohibe la vente de l'*hereditas viventis ;* et à défaut de justification, je ne trouve que l'explication suivante : que la vente, faite sans la volonté du *de cujus*, constitue envers ce dernier un manque d'égards, une sorte d'injure ou d'ingratitude anticipée. Aussi la loi veut-elle que la convention ne profite, ni à l'héritier présomptif vendeur, ni à l'acheteur son complice ; et ce qui me semble confirmer cette explication,

c'est que, d'une part, le fait de pareille vente est une cause d'indignité : le vendeur perd l'hérédité, *hereditas ei, ut indigno, aufertur*; d'autre part, que le consentement du *de cujus* rend la convention correcte à tous égards.

§ 125.

Pretium.



Nous avons vu que, pour que la convention soit légalement qualifiée vente, le prix doit : consister en argent, et être réel, *verum*. Pour que la vente soit parfaite, il faut que le prix soit *certum*, c'est-à-dire déterminé, ou du moins susceptible d'être déterminé d'après les données que fournit le contrat. Le principe qui régit, sous ce rapport, toutes les conventions a été expliqué au § 113; il est applicable ici de tous points. Par conséquent, la vente existe, bien que la fixation du prix ait été laissée à l'arbitrage d'un tiers; pourvu que les parties soient tombées d'accord sur la personne de ce tiers. Dans ce cas, la vente est conditionnelle; son efficacité est subordonnée à un événement futur et incertain : la fixation du prix par le tiers convenu. Si donc ce tiers ne veut, ou ne peut se prononcer, la vente ne produit aucun effet. Si, au contraire, il fixe le prix, les parties sont liées, comme si elles l'avaient arrêté elles-mêmes.

Certains auteurs ont prétendu que le prix doit, en outre, être *justum*, c'est-à-dire proportionné à la valeur de la chose vendue. Ce qui a amené cette affirmation, c'est que le vendeur, lesé de plus de moitié dans la fixation du prix, a le droit de demander la rescision de la vente; mais c'est une erreur de conclure de là qu'il n'y

la vente que si le prix est juste. En effet, le vendeur seul a droit à la rescision pour lésion ; l'acheteur lésé n'a, de ce chef, rien à prétendre, quelqu'injuste que le prix soit à son égard. Puis, pour que la réclamation du vendeur soit fondée, il faut un prix tellement *injustum*, qu'il soit inférieur à la moitié de la valeur de la chose. Enfin, même quand il y a lésion au préjudice du vendeur, et lésion d'outre moitié, est-il vrai de dire que la vente n'existe pas ? Évidemment non ; elle existe si bien, que : pour l'empêcher d'agir, il faut la faire rescinder ; le vendeur, et lui seul, a cette faculté ; et, pour l'exercer, il intente précisément l'action que lui donne sa qualité de vendeur, *actio venditi*. Concluons donc que, dans tous les cas, il est faux de dire que l'existence d'un *pretium justum* est une condition de validité de la vente.

§ 126.

Consensus.

Il faut appliquer à la vente toutes les règles qui ont été exposées aux § 104 et suivants.

Ainsi notamment, ici, comme dans toute convention, le consentement implique liberté, pour chaque partie, de vouloir ou de ne pas vouloir ; et sans cette liberté, pas de vente. On dit cependant que ce principe est soumis à quelques exceptions, et qu'il y a quelquefois vente forcée : par exemple, quand un particulier est exproprié pour cause d'utilité publique, ou quand un créancier hypothécaire use du *jus offerendi* ; à mon sens, le mot « vente » est là employé abusivement. Car la vente n'est et ne peut être qu'un contrat ; et il me répugne d'appeler contrat

une relation juridique qui s'impose. Je préférerais donc rejeter le mot « vente » dans ces hypothèses, et le remplacer par « aliénation ».

Ainsi, encore, il faudra recourir aux règles ci-dessus rappelées pour déterminer dans quelle forme le consentement doit se manifester; comment il peut être exclu; quelles sont les causes susceptibles de le vicier. Seulement à ces causes qui sont, en général, au nombre de deux : le dol et la violence, il y a lieu, pour la vente, d'en ajouter une troisième : la lésion. Ce troisième vice du consentement n'est pas sans analogie avec les deux premiers; voilà pourquoi je le rattache à ceux-ci, et j'expose immédiatement, dans le présent paragraphe, comment il atteint le consentement, et, par suite, la vente.

C'est en vertu d'une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, que le vendeur, lésé de plus de moitié dans la fixation du prix, a la faculté de faire rescinder la vente. Le motif de cette disposition est tout d'équité et de sentiment; le législateur a pensé que, pour vendre à un prix aussi minime, le vendeur devait se trouver dans un état de gêne extraordinaire; il n'a pas voulu que l'acheteur profitât de cette situation; il a pris le vendeur en pitié et l'a autorisé à demander la rescision de la vente. Aussi l'action en rescision n'est-elle subordonnée qu'à une condition : lésion d'outre moitié dans la fixation du prix, *læsio ultra dimidium*, ou *læsio enormis*, au détriment du vendeur; et quand cette condition existe, la rescision est de droit dans toutes les ventes, quel qu'en soit l'objet, mobilier ou immobilier; la loi n'exige pas non plus que le consentement soit entaché d'un autre vice, notamment que le vendeur ait agi sans

connaissance de cause, ou que l'acheteur ait commis quelque manœuvre : c'est la lésion énorme, comme telle, et à elle seule, qui donne lieu à la rescision. Mais, par contre, et toujours pour le même motif ci-dessus indiqué, c'est dans la fixation du prix de vente que la lésion doit se rencontrer. Il s'ensuit que quand il s'agira d'apprécier, au point de vue de la lésion, la valeur de la chose vendue, c'est au moment de la vente qu'il faudra se reporter. Il en résulte également que la rescision n'a pas lieu dans les ventes aléatoires.

Quant aux effets de la lésion énorme, nous les avons résumés en un mot : le vendeur a le droit de demander la rescision de la vente ; il exerce ce droit par l'*actio venditi* ; et la rescision étant prononcée, le vendeur est tenu de restituer ce qu'il a reçu à titre de prix, comme l'acheteur est tenu de restituer la chose vendue ; mais l'acheteur peut, s'il le préfère, échapper à cette obligation, en payant un supplément, c'est-à-dire ce qui manque au prix pour représenter la valeur réelle de la chose. Seulement, c'est là pour l'acheteur une pure faculté ; aussi l'obligation qui lui incombe rentre-t-elle dans la catégorie de celles que les commentateurs appellent *facultatives*.

obligation facultative v. p. 223 X

DES EFFETS DE LA VENTE.

§ 127.

A *Obligation de l'acheteur.* payer

L'acheteur a d'abord à payer le prix, *dare pretium* ; c'est là l'objet essentiel de son obligation. De plus, la vente a pour conséquence naturelle d'obliger l'acheteur

à payer l'intérêt du prix à partir du jour où il a la jouissance de la chose; et, éventuellement, à rembourser au vendeur les dépenses faites par celui-ci, depuis la vente, pour la conservation de la chose. L'action donnée au vendeur pour réclamer l'accomplissement de ces obligations est l'*actio venditi*.

periculum — L'acheteur étant créancier de la chose vendue, c'est lui qui, à ce titre, supporte le *periculum* : si donc la chose vient à périr, ou à être détériorée par cas fortuit, l'acheteur n'a pas droit à des dommages et intérêts du chef de la perte ou de la détérioration; et, néanmoins, il est tenu de payer intégralement le prix convenu. Par contre, le commodum *commodum* doit également lui revenir; et il est fondé à exiger du vendeur toutes les accessions, notamment les fruits que la chose a produits depuis la conclusion de la vente. Seulement, pour que ces règles, relatives au *periculum* et au *commodum*, s'appliquent à la vente, il faut, species bien entendu, que celle-ci ait pour objet une *species*, conformément aux principes généraux. Il y a même certaines ventes qui, sous ce rapport, sont régies par des Dispositions particulières dispositions particulières; en ce sens : non pas, que, quand il s'agit d'un *genus*, il puisse jamais être question de la règle : *Res perit creditori*; mais que, pour rendre cette règle applicable, il ne suffit pas toujours que l'objet vendu soit une *species*. Ainsi, dans la vente de choses v. p. 213 + fongibles, même individuellement déterminées, il y a lieu de distinguer suivant la manière dont le prix a été réglé. Vente per aversionem — Si la vente a été faite en bloc, *per aversionem*, c'est-à-dire pour un prix global, *uno pretio*, les choses sont immédiatement aux risques et périls de l'acheteur. Si, au contraire, le prix a été fixé au poids, au nombre ou à la mesure, l'acheteur peut être contraint à assister à l'opé-

ration de peser, compter ou mesurer; mais tant que cette opération n'a pas eu lieu, les choses ne sont pas à ses risques et périls; par la raison qu'il serait impossible de déterminer d'une manière certaine le prix à payer. — La vente à l'essai et la vente *ad gustum* sont, quant au *periculum*, assimilées à la vente au poids, au compte, à la mesure; d'après l'intention commune des parties, expresse ou tacite, l'acheteur est censé s'être réservé d'essayer ou de goûter, et de dire ensuite s'il accepte ou s'il refuse. L'acheteur a l'obligation d'essayer ou de goûter, et de se prononcer; mais si, avant cela, la chose périt par cas fortuit, alors même qu'elle serait individuellement déterminée, l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix.

B OBLIGATIONS DU VENDEUR.

§ 128.

Observations générales, et introduction historique.

Le vendeur doit la délivrance, et la garantie; et celle-ci a un double objet : l'éviction; puis, les vices et défauts.

L'obligation de délivrer la chose vendue est de l'essence de la vente. Elle consiste, nous l'avons déjà fait remarquer, à *tradere*, non à *dare;* et la nuance s'explique aisément à l'origine de la législation. En effet, les *peregrini* n'ayant pas le *commercium*, que serait-il advenu, si le vendeur avait été tenu de *dare?* C'est qu'il eût été impossible aux *peregrini* d'intervenir dans une vente, soit comme acheteur, soit comme vendeur. Pour rendre le contrat possible avec les *peregrini*, il fut admis que

l'obligation du vendeur était seulement de *tradere*, c'est-à-dire de mettre la chose, matériellement, à la disposition de l'acheteur; et cette règle, qui a été maintenue en droit nouveau, a encore cette signification : que le vendeur n'aura pas manqué à son obligation, par cela seul qu'il n'aura pas transmis la propriété à l'acheteur; nous y reviendrons au paragraphe qui va suivre.

Primitivement, elle avait une portée bien plus considérable. Le vendeur n'était tenu qu'à *tradere*, et son obligation était remplie dès qu'il avait livré la chose à l'acheteur; peu importe ce qui arrivait ensuite; peu importe que la chose fût enlevée à l'acheteur, même pour une cause inhérente au droit du vendeur; celui-ci avait effectué la délivrance, *tradiderat;* il était libéré entièrement, irrévocablement. Si donc la volonté commune des parties était d'assurer, autant que possible, et pour toujours, à l'acheteur la possession de la chose vendue, quel moyen avaient-elles pour atteindre ce but? Le même moyen qui était employé, dans les premiers temps, en vue du dol, c'est-à-dire la stipulation d'une peine. On y eut recours : une peine était stipulée d'avance, pour le cas où l'acheteur serait dépossédé par suite d'un vice affectant le droit du vendeur; d'ordinaire, cette peine était le double du prix de vente, d'où le nom de *stipulatio duplæ;* et, le cas échéant, l'acheteur obtenait, par l'*actio ex stipulatu*, le payement de la peine convenue. Or, comme l'acheteur tient presque toujours à s'assurer indéfiniment la possession de la chose, l'usage de pareille stipulation devint très fréquent; bientôt on ne procéda plus autrement; et s'il se présentait une vente où la *stipulatio duplæ* fît défaut, cette absence fut présumée avoir pour cause, soit un oubli, soit la difficulté de remplir les formalités de la sti-

pulation ; et le préteur donna à l'acheteur l'*actio emti*, à l'effet de réclamer du vendeur la *stipulatio duplæ*. Arrivée à ce point, la législation n'avait plus qu'un pas à faire : dispenser l'acheteur de la nécessité de passer par la *stipulatio duplæ*, et lui accorder l'*actio emti* dans le but d'obtenir directement la réparation du préjudice qui lui a été causé. C'est ce qui a eu lieu ; et ainsi, à côté de l'obligation de délivrer, est venue insensiblement se placer une seconde obligation qui incombe naturellement au vendeur : celle de garantir, autant qu'il est en lui, la possession de la chose à l'acheteur ; en d'autres termes, de garantir du chef d'éviction. Nous exposerons, dans le § 129, les règles du droit nouveau relatives à cette obligation.

La garantie, qui incombe au vendeur, a un second objet : les vices et défauts de la chose vendue. De même qu'il a été admis, nous venons de le voir, que l'intention présumée des parties est que le vendeur assure, autant qu'il est en lui, la possession de la chose à l'acheteur ; et que, par suite, l'obligation de garantir du chef d'éviction est devenue un effet naturel de la vente ; de même on a fini également par reconnaître que l'acheteur ayant généralement pour but, soit de se servir de la chose, soit de la revendre, la volonté commune, qui est censée présider à la vente, est que la chose n'ait pas des défauts qui seraient de nature à empêcher la réalisation de ce but. La signification et la portée du mot « vendre » ont ainsi reçu une nouvelle extension : ce mot implique, en droit nouveau, l'obligation de garantir, non seulement en cas d'éviction, mais encore du chef de vices et défauts ; et cette seconde garantie a suivi à peu près le même développement que la première ; avec cette différence, qu'ici ce

n'est plus au préteur, mais aux édiles, que sont dues les mesures protectrices des intérêts de l'acheteur. En effet, la question des vices et défauts se présentait surtout dans les ventes d'esclaves et de bestiaux; et les édiles ayant la police des marchés, où ces ventes se concluaient, les difficultés qui y étaient relatives rentraient de droit dans leurs attributions. C'est ainsi que les édiles furent amenés à déterminer les vices et défauts qui donneraient lieu à garantie, et à créer des actions pour exercer cette garantie; on les appelle édilitiennes. Mais les édiles ne s'occupaient que des ventes d'esclaves et de bestiaux, et ils n'avaient prévu, dans ces ventes, que les défauts purement physiques. A ce double point de vue, les actions édilitiennes offraient des lacunes; la jurisprudence s'attacha à les combler. S'inspirant des idées qui avaient guidé les édiles, elle étendit ces actions à toutes les ventes mobilières, et même aux ventes immobilières; elle les appliqua à toute espèce de défauts; de telle sorte qu'en droit nouveau, la garantie existe naturellement, et d'une manière générale, dans toutes les ventes, comme pour tous les vices et défauts, suivant les règles qui seront développées au § 130.

§ 129.

Garantie du chef d'éviction.

Cette garantie n'est pas due chaque fois que la possession de l'acheteur subit une atteinte. Ainsi qu'il résulte du développement historique, tracé ci-dessus, il faut rechercher jusqu'où va cette atteinte, quelle en est la cause, et de quelle manière elle se produit. Les conditions aux-

quelles la garantie est subordonnée sont donc les suivantes :

Conditions

1° Qu'il y ait éviction, c'est-à-dire dépossession ; c'est la conséquence de la règle qui oblige le vendeur, non à *dare*, mais à *tradere, ut rem emtori habere liceat*. Toutefois si l'acheteur n'échappe à l'éviction qu'en traitant avec le propriétaire ou en désintéressant le titulaire du *jus in re*, qui grève la chose, il aura son recours contre le vendeur.

2° Que la cause de l'éviction ne soit pas étrangère au vendeur ; en ce sens : non pas, que celui-ci soit coupable de dol ou de faute (cela n'est pas nécessaire) ; mais que l'éviction provienne, soit de ce qu'il n'avait pas de droit sur la chose vendue, soit de ce qu'il en avait la propriété, mais grevée d'un *jus in re* de nature à enlever la possession à l'acheteur.

3° Que l'éviction soit le résultat d'une décision judiciaire. L'acheteur menacé ne pourra pas prendre sur lui d'acquiescer à la demande, ou de soumettre la contestation à des arbitres : il doit laisser le procès suivre son cours régulier. De plus, il est tenu de prévenir immédiatement le vendeur, *litem denuntiare*, pour que celui-ci puisse intervenir et faire valoir ses moyens de défense. Enfin, s'il arrivait que l'acheteur eût, de son propre chef, quelques moyens, par exemple l'usucapion, il serait obligé de s'en prévaloir.

Effet.

Les conditions qui précèdent étant réunies, l'acheteur a droit à la réparation du préjudice que lui inflige l'éviction ; et il a, de ce chef, l'*actio emti*. Cette réparation est soumise aux principes qui régissent les dommages et intérêts. Il suit de là que la valeur de la chose devra être appréciée, non au jour de la vente, mais au jour de l'évic-

l'actio emti se prescrit, comme en général les autres, par 30 ans

tion. Il s'ensuit aussi qu'une indemnité pourra être due à l'acheteur, à raison des fruits qu'il a été obligé de restituer au propriétaire, ainsi que des impenses pour lesquelles il n'avait rien à prétendre de ce dernier.

Mais la garantie n'est pas de l'essence de la vente; il est permis d'y déroger soit expressément, soit tacitement; et la convention dérogatoire, valablement conclue, aura l'effet voulu par les parties. Si donc elle a eu lieu sans restriction, elle enlève à l'éviction toutes ses conséquences juridiques; et, spécialement, l'acheteur qui la subit n'a pas même le droit de se faire restituer le prix qu'il a payé.

§ 130.

Garantie des vices et défauts.

Nous avons tracé succinctement, au § 128, le développement historique de cette garantie. Pour y donner lieu, les vices et défauts doivent :

1° Rendre la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou en diminuer sensiblement la valeur : *de minimis non curat prætor... nec edilis.*

2° Exister, déjà, lors de la vente. Ceux qui ne viennent à naître qu'après la vente, ne donnent pas lieu à garantie; pas plus que ceux qui existaient au moment de la vente, et qui, depuis, ont disparu; mais il n'est pas nécessaire que le vendeur soit coupable de dol ou de faute.

3° Être cachés. Les vices apparents ont été, ou ont dû être connus de l'acheteur; ils n'obligent pas à garantie. Il en est de même des vices qui ne sont pas apparents, mais qui ont été connus de l'acheteur. Dans ces deux

hypothèses, le motif qui exclut la garantie, c'est que telle a dû être la volonté des parties ; que, partant, il y a alors dérogation tacite à l'obligation de garantie qui résulte naturellement de la vente ; et il va de soi que la convention dérogatoire est régie ici par les mêmes principes que dans la garantie du chef d'éviction.

Lorsque les conditions qui viennent d'être énumérées se rencontrent, l'acheteur est en droit de recourir à l'une ou à l'autre des deux actions édilitiennes : l'*actio redhibitoria*, et l'*actio quanti minoris* ou *æstimatoria*. Le but respectif de ces actions est indiqué par le nom même qu'elles portent : l'*actio redhibitoria* tend à la résiliation de la vente ; l'*actio quanti minoris* ou *æstimatoria* tend seulement à une réduction, proportionnée à l'importance des vices et défauts. Ces deux actions doivent être intentées dans des délais assez courts : la première, dans les six mois ; la seconde, dans l'année à partir de la vente ; et le motif de cette courte prescription, c'est que, pour donner lieu à garantie, les défauts doivent exister lors de la vente : ce qu'il n'est possible de vérifier, que pour autant qu'on agisse dans un temps voisin de la conclusion du contrat. Mais, ainsi que la remarque en a déjà été faite, les actions édilitiennes n'impliquent ni dol ni faute dans le chef du vendeur ; et si l'un ou l'autre de ces éléments se rencontrait, l'acheteur aurait l'*actio emti*, laquelle n'est soumise qu'à la prescription ordinaire de trente ans.

Nous avons indiqué deux différences entre l'*actio redhibitoria* et l'*actio quanti minoris*. Il eût peut-être été logique d'en ajouter une troisième : attribuer l'*actio quanti minoris*, à raison des vices qui ont pour unique effet de diminuer la valeur de la chose ; et réserver l'*actio redhibitoria* aux cas où les vices rendent la chose impro-

pre à l'usage auquel elle est destinée; on aurait mis ainsi la portée de l'action en rapport direct avec le vice qui y donne naissance, l'effet avec la cause; mais cette différence n'a pas été faite; et l'acheteur est libre de choisir entre les deux actions édilitiennes.

2. Louage, *locatio conductio.*

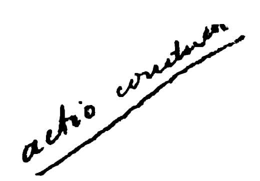
§ 131.

Notion et conditions requises.

Le louage est un contrat consensuel, par lequel les parties s'engagent : l'une à fournir l'usage et la jouissance d'une chose, ou à faire un travail; l'autre, à payer le prix convenu. Il y a donc deux espèces de louage : le louage de choses, *locatio conductio rerum*, et le louage d'ouvrages, *locatio conductio operarum.* Chacun a, pour éléments essentiels, les deux points qui constituent le double objet du contrat, et sur lesquels les parties doivent être d'accord, savoir :

1° La chose dont le bailleur promet l'usage et la jouissance, ou le travail qu'il s'oblige à faire;

2° Le prix que le preneur s'engage à payer; et le prix doit, comme dans la vente, être une somme d'argent. Cependant dans le bail d'un *prædium rusticum*, le fermage peut aussi consister en une quantité de fruits; soit que cette quantité se trouve déterminée d'une manière précise et invariable; soit qu'elle constitue une quote-part des fruits à recueillir par le fermier. Dans ce dernier cas, le fermier prend le nom de colon partiaire.



Les conditions requises pour la validité du louage d'ouvrages sont, en général, celles de toutes les conventions. Il en est de même, des effets de ce contrat. Pourtant, sous ce double rapport, il offre quelques particularités, qui seront indiquées ci-après au § 134.

Quant au louage de choses, les principes généraux régissent également les trois éléments essentiels du contrat : la capacité des parties, l'objet et le consentement; et, relativement au premier, comme au troisième de ces éléments, il n'y a rien à ajouter à ces principes. En ce qui concerne le deuxième, il est double, ainsi que nous l'avons déjà dit; et si nous y appliquons les règles générales, nous trouvons notamment que le prix, objet de l'engagement du preneur, doit, comme dans la vente, être *certum*. L'objet de l'obligation du bailleur est une chose; et là encore, le louage n'est pas sans analogie avec la vente; mais le vendeur s'engage à livrer la chose, pour que l'acheteur puisse l'avoir et la garder indéfiniment, *ut rem emtori habere liceat;* tandis que le bailleur s'oblige à fournir l'usage ou la jouissance de la chose, et pour un certain temps seulement, *ut conductori frui liceat*. Il résulte de là quelques différences assez sensibles entre le louage et la vente, au point de vue des effets, comme des conditions requises. C'est ainsi que :

1. Les choses consomptibles sont susceptibles de vente, mais non de louage; à moins toutefois que la location n'ait lieu *ad pompam*, ou *ad ostentationem*.

2. Il n'est pas possible de vendre à quelqu'un une chose qui lui appartient déjà : *emtio rei suæ esse non potest*. Au contraire, rien n'empêche de prendre à bail une chose dont on est propriétaire.

Les différences relatives aux effets des deux contrats, seront mentionnées dans le paragraphe qui va suivre.

§ 132.

Effets du louage de choses.

Le louage impose des obligations au bailleur et au preneur.

Le bailleur a, comme le vendeur, l'obligation de délivrer et de garantir. Mais le bailleur n'est pas sur la même ligne que le vendeur. Le vendeur remplit la première de ces obligations, en livrant la chose telle qu'elle a été vendue. L'obligation du bailleur va un peu plus loin; il doit, en outre, mettre la chose en état de pouvoir servir à l'usage pour lequel elle est louée; si donc elle a besoin de réparations, le bailleur est tenu de les faire. Cette première différence entre la vente et le louage tient à ce que le bailleur s'engage à procurer la jouissance de la chose.

La même considération explique également la différence relative à l'obligation de garantir. Le bailleur est astreint, non seulement à fournir la jouissance de la chose au commencement du bail, mais encore à la garantir pendant toute la durée du bail. Il suit de là, d'abord qu'il doit entretenir la chose en bon état, et faire les réparations nécessaires; ensuite que l'éviction, quelle qu'en soit la cause, les vices et défauts, à quelque moment qu'ils prennent naissance (sauf, bien entendu, le cas où ils seraient imputables au preneur) retombent sur le bailleur; en ce sens qu'il n'a droit au prix que pour autant que le preneur a eu la jouissance de la chose. Si donc le preneur est en-

tièrement privé de cette jouissance, le loyer cesse de courir; s'il en est privé partiellement, le loyer est réduit en conséquence. Mais pour qu'il y ait lieu à des dommages et intérêts, il faut que le bailleur soit coupable de dol ou de faute.

Le preneur a les obligations suivantes :

1. Conserver à la chose louée sa destination;

2 En user en bon père de famille; et la restituer à la fin du bail, telle qu'il l'a reçue; il répond de toute perte, totale ou partielle, à moins qu'elle ne résulte d'un cas fortuit;

3. Payer les loyers ou les fermages. Répétons que cette obligation cesse, si le preneur perd la jouissance de la chose; et qu'au cas où la privation n'est que partielle ou temporaire, l'obligation du preneur est réduite en proportion de l'importance de la privation. Les conséquences de la règle *Periculum creditoris est* ne sont donc pas les mêmes ici que dans la vente. Les loyers ou les fermages représentent exactement, et jour par jour, la jouissance de la chose louée; et par conséquent, ainsi que nous venons de le voir, ils ne sont dus que dans la mesure dans laquelle cette jouissance a été réellement fournie. Pour le même motif, le fermier a naturellement droit à une remise du fermage, lorsqu'un accident le met dans l'impossibilité de faire une récolte complète. Mais, en combinant la règle, qui vient d'être rappelée, avec le principe en vertu duquel les effets de la convention se déterminent d'après la volonté commune des parties, ainsi qu'avec l'adage *De minimis non curat prætor*, la loi subordonne ce droit du fermier à la réunion des conditions que voici :

1° Que l'accident se produise avant la perception des

fruits. Si la perception a eu lieu, *conductori frui licuit;* l'obligation du bailleur, relativement à la récolte, est entièrement remplie;

2° Que l'accident soit extraordinaire. Lorsqu'il s'agit d'un événement ordinaire, d'un accident auquel le fonds est habituellement exposé, il a dû être pris en considération lors du bail; et dès lors le fermier n'est pas fondé à s'en prévaloir;

3° Que la perte subie par le fermier soit considérable. — Encore y aura-t-il lieu, si le bail a été fait pour plusieurs années, de considérer toutes les récoltes dans leur ensemble; de telle façon que les excédants des bonnes années puissent compenser le déficit des mauvaises.

§ 133.

Fin du louage de choses.

Ce louage prend fin :

1. Par la volonté des parties.

A cet égard, on distingue, suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas convention fixant la durée du bail; et cette convention peut être expresse ou tacite; c'est ainsi que le bail des biens ruraux est censé fait au moins pour un an; par la raison que ce temps est nécessaire pour qu'il soit possible au fermier de retirer les fruits de l'objet loué.

1) Lorsqu'il n'y a pas de temps fixé, chaque partie peut mettre fin au bail quand bon lui semble; il suffit qu'elle fasse connaître à l'autre sa volonté.

2) Quand un terme a été convenu, la résiliation anticipée exige, en principe, le commun accord des parties. Cependant elle peut quelquefois être demandée par l'une d'elles,

notamment : par le preneur, lorsque la chose devient impropre à l'usage auquel elle était destinée; par le bailleur, lorsque le preneur détériore la chose, ou bien est en retard de payer deux années de loyer.

2. Par l'expiration du terme. Mais, naturellement, rien n'empêche les parties de conclure un nouveau bail, reconduction, pour le même objet; soit expressément, soit tacitement. La reconduction est tacite quand le preneur continue à jouir de la chose louée, et que le bailleur ne s'y oppose pas. Conformément à la volonté présumée des parties, la reconduction tacite est régie par toutes les clauses du bail originaire; sauf toutefois en ce qui concerne la durée. En effet, rien n'autorise à penser que l'attention des parties ait porté spécialement sur ce dernier point; on est donc en présence d'un bail, auquel aucune durée n'a été assignée; et il faut le traiter en conséquence. Toutes les autres clauses du premier bail continueront à produire leurs effets entre le bailleur et le preneur;

3. Par la perte de la chose louée.

4. Par l'aliénation de cette chose. A la différence du successeur universel, le successeur particulier n'est pas tenu des obligations de son auteur; et, par suite, il revendiquera efficacement contre le preneur; sauf, bien entendu, le recours de celui-ci contre son bailleur. Il n'en serait autrement, et le nouveau propriétaire ne devrait respecter le bail, que s'il avait accepté une convention dans ce sens.

§ 134.

Particularités du louage d'ouvrages ou de services.

Ces particularités sont relatives :

1. Aux conditions requises pour la validité du contrat. La loi distingue entre les *operæ liberales* et les *operæ illiberales*; les dernières seules peuvent être l'objet d'un louage. Cette distinction était fondée uniquement sur les mœurs romaines; et elle n'est pas susceptible d'être exactement définie; tout ce qu'on en peut dire, c'est qu'en général, les *operæ* étaient qualifiées *liberales* ou *illiberales*, suivant que l'intelligence y avait ou n'y avait pas le rôle principal. Au reste, l'importance de cette distinction a fini par n'être plus guère que purement formelle; car il a été permis aux personnes, exerçant des professions libérales, d'engager leurs services moyennant le payement d'un prix. Seulement on a cru sauver les principes et ménager toutes les susceptibilités, en donnant au contrat le nom de mandat; en substituant le mot « honoraire » au mot « salaire »; et en accordant, pour le réclamer, une *extraordinaria cognitio*.

2. Au *periculum*. En principe, c'est au débiteur, qui invoque le cas fortuit, d'en rapporter la preuve; sinon, il est présumé en faute, et par conséquent responsable. Dans une espèce particulière de louage d'ouvrages : l'entreprise de constructions par devis ou marchés, *locatio conductio operis*, il a été dérogé à ce principe; en ce sens que si l'ouvrage périt, après avoir été reçu et agréé par le maître, il est présumé avoir péri par cas fortuit. Cette disposition se justifie aisément; en effet, l'ouvrage ayant

été soumis au maître, examiné par lui et approuvé, toutes les probabilités sont qu'il a été exécuté selon la convention, et sans faute de la part de l'entrepreneur. Toutefois ce n'est là qu'une présomption ; et, par conséquent, celui à qui on l'oppose est admis à la renverser par la preuve contraire.

3. A la manière dont le contrat prend fin. En général, l'individualité de l'ouvrier est un élément essentiel de la prestation qu'il a à remplir ; et pour ce motif, la mort de l'ouvrier met fin au contrat.

III. — MANDAT.

§ 135.

Notion, et conditions requises.

Le mandat est un contrat consensuel, par lequel l'une des parties s'engage gratuitement à faire, pour l'autre, un ou plusieurs actes juridiques.

D'après cette définition, l'élément caractéristique du contrat est donc :

1° Que la mission dont le mandataire se charge est une mission juridique, et consiste même, le plus souvent, à représenter le mandant ; c'est ce qui résulte de l'étymologie du mot *mandare*, *manum dare*, donner pouvoir ;

2° Que le mandataire s'engage gratuitement. On finit cependant par admettre la promesse d'une rémunération dans certaines espèces ; notamment dans le mandat qui a pour objet un procès. Dès lors, dans ces espèces, la gratuité ne fut plus que de la nature du contrat ; tandis que,

dans toutes les autres, elle continuait à être de son essence.

Le mandat est soumis, pour sa validité, aux mêmes règles que toutes les conventions. Il présente pourtant quelques anomalies :

1. Quant à la capacité des parties. Certaines personnes, entre autres les femmes et les infâmes, sont déclarées incapables de représenter quelqu'un en justice.

2. Quant à l'objet. Conformément aux principes, le mandat n'est valable que pour autant que le mandant ait intérêt à son accomplissement. Ainsi il n'y a pas mandat, quand l'acte, que le soi-disant mandant recommande ou conseille, est dans l'intérêt exclusif de l'autre partie; et celui qui a donné cette instruction ou ce conseil n'est point responsable de ses conséquences ; à moins, bien entendu, qu'il n'ait assumé cette responsabilité, ou qu'il n'ait agi de mauvaise foi. Ainsi, encore, la circonstance que la mission, que je vous ai confiée, est toute dans l'intérêt d'un tiers, empêche qu'il n'y ait mandat entre nous ; et ni le tiers, ni moi n'aurons une action pour vous contraindre à remplir cette mission. Mais si vous l'accomplissez, et qu'il en résulte pour vous un préjudice, vous aurez un recours contre moi ; et l'action que la loi vous donne pour l'exercer est l'*actio mandati contraria*. Cette espèce particulière s'appelle mandat qualifié, et le mandant y porte le nom spécial de *mandator*. Elle constituait un moyen indirect de se porter caution.

3. Quant au consentement. Le mandat est régi, purement et simplement, par les principes généraux. Mais l'anomalie qui se rencontre ici, c'est que le mandat rentre dans la catégorie des conventions synallagmatiques

X dit à Y : payez à Z ce que V lui doit
Y n'est pas tenu de s'exécuter
S'il s'exécute : Z est sorti de la combinaison
V est débiteur
X en caution — Y obtiendra de lui le remboursement en défaut de V par l'actio mandati contraria

Mandat qualifié p. 328 *

v. p. 249 *

imparfaites; et que, néanmoins, il figure parmi les contrats consensuels. Les autres contrats consensuels sont synallagmatiques parfaits; ils établissent entre les parties, par cela seul qu'elles sont d'accord, une réciprocité d'engagements. Le mandat, au contraire, ne crée, au moment où il est conclu, qu'une obligation : celle du mandataire; s'il arrive que le mandant à son tour soit obligé, c'est là un fait tout accidentel, résultant de l'exécution qu'a reçue le mandat; et pourtant, le mandat est parfait *solo consensu.* L'anomalie est donc incontestable; l'explication qu'on en donne, c'est qu'il n'y avait guère de mandat qui n'entraînât le mandataire à faire des dépenses; telle est la considération qui a permis de voir, dans le mandat, une sorte de réciprocité, et qui, à l'origine, avait même paru tellement puissante, que les actions provenant du contrat avaient des noms distincts : *actio mandati,* pour le mandant; *actio depensi*, pour le mandataire.

EFFETS DU MANDAT.

§ 136.

Entre parties.

Le mandat a, pour effet direct et nécessaire, d'imposer au mandataire une obligation; éventuellement, et dans l'exécution qui y est donnée, il peut aussi engendrer une obligation à charge du mandant. L'obligation qui incombe au mandataire consiste :

1. A remplir la mission convenue, et conformément à la convention. Si des instructions lui ont été données, il

doit les suivre ponctuellement; si l'on s'en est rapporté à lui, c'est à lui d'apprécier; mais, dans tous les cas, il a le devoir d'agir en bon père de famille; il répond de *culpa levis*;

2. A rendre compte de sa gestion, et à remettre au mandant tout ce qu'il a reçu pour lui.

L'obligation éventuelle du mandant est de rembourser les dépenses que le mandataire a pu faire dans l'exécution du mandat. Le mandataire doit être rendu entièrement indemne de toutes les conséquences du mandat; il a donc droit à l'intérêt, non seulement des sommes qu'il a déboursées, mais encore de celles qu'il a dû emprunter à intérêt pour remplir son mandat; de même il peut exiger que le mandant le libère de tous les engagements qu'il a contractés dans le même but.

Le mandant a l'*actio mandati directa*; le mandataire, l'*actio mandati contraria*.

§ 137.

A l'égard des tiers.

Cette question, que nous avons examinée ci-dessus, § 119, pour les conventions en général, se présente surtout à propos du mandat; par la raison que le mandataire a pour mission de faire, dans l'intérêt du mandant, un ou plusieurs actes juridiques; et que, par suite, il a le plus souvent à traiter avec des tiers. On se demande alors quel rapport va s'établir entre les tiers et le mandant, par l'intermédiaire du mandataire.

En principe, il est permis de répondre que le mandat n'a d'effet qu'entre les parties; de même que l'acte passé

Mandant Mandataire Tiers

par le mandataire avec le tiers n'a d'effet qu'entre eux. Et primitivement cette proposition était absolument vraie, aussi bien pour les droits réels que pour les obligations.

Droits Réels 1) Il était donc impossible d'acquérir, directement, un droit réel par mandataire. Dès lors, comment procédait-on? Le mandataire acquérait d'abord le droit pour lui-même; puis, il le transférait au mandant. Mais, ainsi que nous l'avons vu au § 35, on ne tarda pas à admettre que la possession pouvait s'acquérir *per liberas personas*. Il en fut bientôt de même de la propriété; puisque celle-ci se transmet par tradition, et que l'acte matériel, constitutif de la tradition, consiste précisément dans le transfert de la possession. Le même principe fut appliqué, et pour la même raison, aux droits réels susceptibles de quasi-tradition. Enfin, on l'étendit également aux autres droits réels. De telle sorte que dans la législation de Justinien, tous les droits réels indistinctement s'acquièrent par mandataire; du moment que telle est la volonté du tiers, le droit passe par-dessus la tête du mandataire, et se trouve fixé, immédiatement et directement, sur celle du mandant. Ajoutons que ce système a aussi été adopté pour le transfert de la possession et de la propriété; ainsi que pour la constitution des *jura in re* au profit des tiers.

Obligations 2) Dans les obligations, on est arrivé, en définitive, à peu près au même résultat; mais le développement a été moins rapide et quelque peu plus compliqué. A l'origine, le mandat n'a aucun effet à l'égard des tiers; et la convention avenue entre le mandataire et un tiers n'en a aucun à l'égard du mandant : c'est le mandataire seul qui est créancier du tiers, et qui a une action contre lui, sauf à rendre compte au mandant; ou bien, c'est le mandataire

qui est seul débiteur du tiers, seul sous le coup de l'action donnée à ce dernier; sauf son recours contre le mandant. Mais ce que le mandataire remet au mandant, c'est précisément ce qu'il a reçu du tiers; de même, ce qu'il obtient du mandant, c'est exactement ce qu'il a été tenu de payer au tiers. Il sembla donc inutile de maintenir la double procédure qu'imposait primitivement la rigueur des principes; et, du jour où fut entrée, dans la législation, la théorie de la cession en matière de créances, on arriva, naturellement, à en faire application aux rapports juridiques qu'engendre l'exécution du mandat; ce qui amena successivement les diverses phases que voici :

1. Le mandataire céda : au mandant, l'action qu'il avait contre le tiers; au tiers, l'action qu'il aurait eue contre le mandant.

2. A défaut d'une cession amiablement consentie, le mandant et le tiers étaient en droit de la réclamer; et cela, au moyen de l'action qui leur compétait contre le mandataire.

3. Puis, cette cession s'imposant au mandataire, et les intéressés étant à même de l'exiger, quand bon leur semblait, on les autorisa à agir immédiatement, comme si la cession avait eu lieu, *utiliter quasi ex jure cesso*. V p. 199 *

4. Dès lors, la nécessité pour le mandant ou pour le tiers de passer par l'intermédiaire du mandataire a disparu; il est permis au mandant d'aller droit au tiers, et réciproquement. Mais ce n'est là qu'une faculté; ils peuvent, s'ils le préfèrent, s'adresser au mandataire; et, par conséquent, sur qui va retomber l'insolvabilité soit du mandant, soit du tiers? Celle du tiers resterait à la charge du mandant; car le mandataire n'a qu'à rendre compte; et, du moment qu'il a rempli sa mission en bon

père de famille, conformément au mandat, il est libéré envers le mandant en lui abandonnant son action contre le tiers. Mais il en est autrement de l'insolvabilité du mandant. En effet, le mandataire est lié envers le tiers par le contrat avenu entre eux ; et le tiers a le choix entre l'action que le contrat lui confère contre le mandataire, et l'*actio mandati contraria* qui est censée lui avoir été cédée. Or, si le mandant est insolvable, le choix ne sera pas douteux, et l'insolvabilité sera supportée par le mandataire. Pareil résultat était-il équitable? Il a semblé que non, au moins dans le cas où le mandataire a traité au nom du mandant. On a pensé qu'~~alors il fallait être~~ favorable au mandataire, dont l'intervention était désintéressée; que c'était au tiers à se renseigner sur les ressources du mandant ; et l'on a fini par faire subir au tiers l'insolvabilité de ce dernier, en rendant obligatoire pour le tiers le recours contre le mandant, lequel n'était jusque-là que facultatif; en d'autres termes en ne donnant d'action au tiers que contre le mandant; pourvu, bien entendu, que le mandataire eût agi au nom du mandant.

En résumé donc, et tel est le droit nouveau, moyennant les conditions qui viennent d'être indiquées, les obligations qui résultent des conventions conclues par le mandataire, en cette qualité, ne peuvent être poursuivies que contre le tiers ou contre le mandant ; dans les obligations, soit actives, soit passives, comme dans les droits réels, l'opération passe au-dessus du mandataire qui y est intervenu, et exerce immédiatement son influence du mandant au tiers, et réciproquement.

Tel est le dernier état de la législation. Mais, nous venons de le montrer, on n'y est pas arrivé d'emblée et en un jour; on n'a pas non plus, dès l'abord, établi ces

De même qu'il est possible d'acquérir directement un dr. réel par mandataire

De même il est possible de s'obliger directement par mandataire.

règles d'une manière générale, et pour tout mandat indistinctement, quel qu'en fût l'objet. On a, comme dans la plupart des institutions juridiques, commencé par en faire l'application à une espèce, puis à une seconde; ensuite, on l'a étendue à d'autres par analogie; et c'est ainsi qu'on en a toujours élargi graduellement le cadre; au point que le droit nouveau consacre les principes exposés ci-dessus, avec la portée qui a été indiquée, et régissant tout mandat quelconque.

L'espèce, qui se présente la première dans cet ordre d'idées, est celle du mandat conféré par un armateur, *exercitor*, à un capitaine de navire, *magister navis*. Ce mandat a pour objet le transport du navire avec son chargement, et comprend tout ce qui est nécessaire à cette fin : notamment les achats, louages d'ouvrages, et autres contrats, que peut exiger la conservation du navire même, ou du chargement. Ceux avec lesquels le capitaine avait traité dans les limites de ses instructions, *lex præpositionis*, avaient le choix de poursuivre, soit le capitaine par l'action née du contrat qui avait été conclu avec lui, soit l'armateur même au moyen de l'*actio exercitoria*; et c'est dans l'intérêt bien entendu de ce dernier que l'action exercitoire a été créée; car les capitaines étaient souvent d'une solvabilité douteuse; de sorte qu'ils n'auraient guère inspiré de confiance, et qu'à défaut d'action contre l'armateur, on aurait souvent refusé de conclure avec eux les conventions nécessaires à la conservation du navire et de la cargaison. La même considération explique pourquoi les co-armateurs ont été déclarés solidairement responsables.

La seconde espèce a pour objet la gestion d'un établissement commercial, et offre une grande analogie avec la

première. Ce mandat embrasse toutes les opérations; spécialement, les achats et les ventes, qui constituent l'exploitation de l'établissement. Les tiers qui ont traité avec le préposé, *institor*, ont une action contre le mandant, *actio institoria*; et s'il y a plusieurs mandants, ils sont solidairement tenus. Mais, à la différence du mandat conféré au capitaine de navire, celui de l'*institor* n'amène pas seulement des conventions qui rendent les tiers créanciers; il en comprend, en outre, qui rendent les tiers débiteurs; aussi, l'*actio institoria* a-t-elle été donnée également au mandant *contre* les tiers; et c'est ce qui fait que, dans le développement de cette matière, c'est l'*actio institoria* qui a été prise pour type. Elle a été étendue, sous le nom d'*actio quasi institoria*, aux hypothèses analogues; et petit à petit, on en est arrivé au système général du droit nouveau, d'après lequel dans tout mandat, quel qu'en soit l'objet, une action est attribuée au tiers contre le mandant, de même qu'au mandant contre le tiers.

§ 138.

Comment le mandat prend fin.

Le mandat peut cesser d'abord par les modes qui s'appliquent à tous les contrats; par exemple, l'accomplissement de la mission qui en est l'objet, l'expiration du terme convenu, etc., etc. Il me paraît inutile de les rappeler; et je vais seulement indiquer les anomalies qui se rencontrent, dans le mandat, à ce point de vue. En principe, la volonté d'une des parties ne suffit pas pour résilier une convention, et les effets de celle-ci ne cessent

point par la mort de l'un ou de l'autre des contractants. Il en est autrement dans le mandat ; pour la double raison : d'une part, que le mandat implique une confiance illimitée du mandant dans la personne du mandataire; d'autre part, que ce dernier agit gratuitement et que, partant, l'équité ne permet pas de rendre son obligation par trop onéreuse. Ainsi :

1. Le mandat prend fin par la volonté, soit de l'une, soit de l'autre des parties.

Il est loisible au mandant de révoquer le mandat quand bon lui semble, *ad nutum;* seulement, la révocation n'est opposable aux tiers, que du jour où elle est venue à leur connaissance; si donc ils avaient traité avec le mandataire, sans connaître la révocation, ils pourraient encore se prévaloir du mandat; sauf, bien entendu, le recours du mandant contre le mandataire.

Le mandataire a également la faculté de renoncer au mandat; cette faculté est due à la considération d'équité ci-dessus indiquée; aussi est-elle subordonnée à la condition qu'il n'en soit pas fait usage à un moment inopportun; à moins, toutefois, que le mandataire n'ait des motifs graves à l'appui de sa résolution.

2. Les effets du mandat ne se transmettent pas aux héritiers des parties. Le contrat finit par la mort du mandataire. Il finit aussi par la mort du mandant; mais il se peut que cet événement reste ignoré du mandataire ou des tiers; le mandat sera alors censé exister encore, et pourra être invoqué par ceux qui auront agi dans cette ignorance.

Ajoutons, cependant, que les dispositions spéciales qui précèdent ne sont pas de l'essence du mandat. Ce ne sont là que des effets *naturels* du contrat; par conséquent, ils

s'effacent devant la volonté contraire des parties, manifestée expressément ou tacitement. C'est ainsi que le mandat ne cesse point par la mort du mandant, quand la mission, dont il s'agit, est de nature à n'être accomplie qu'après cette mort. C'est encore par application du même principe que, dans la cession de créance, le mandat conféré au cessionnaire n'est pas révocable au gré du cédant, et ne s'éteint par le décès ni du cédant, ni du cessionnaire.

V. — Société.

§ 139.

Notion et conditions requises.

La société est le contrat consensuel, dans lequel chacun des contractants s'engage à apporter quelque chose, pour arriver à un résultat commun à tous. Les deux éléments caractéristiques de ce contrat sont donc :

1° Que chacun prend l'engagement de faire un apport. Il n'est pas nécessaire que les apports soient tous de même valeur, ni de même nature. Ils peuvent avoir pour objet la propriété ou la jouissance, soit d'immeubles, soit de choses mobilières; et même comprendre tous les biens présents et à venir; la société s'appelle alors *societas omnium bonorum*. L'apport peut consister aussi dans le travail ou l'industrie d'un associé. La loi, à cet égard, laisse aux parties la plus grande liberté. Tout ce qu'elle exige, c'est que chacun s'oblige à fournir quelque chose; celui qui, sans devoir rien apporter, serait admis à

prendre part aux bénéfices, serait, non un associé, mais un donataire, et soumis, par conséquent, aux règles de la donation, non de la société.

2° Que le résultat, que les contractants ont en vue, doit être commun à tous. Ce résultat est d'ordinaire la réalisation de bénéfices; mais il peut consister également dans l'obtention de tout avantage quelconque, matériellement appréciable; et ce qui est indispensable, c'est que le résultat soit destiné à devenir commun. Si l'un des contractants devait rester étranger à ce résultat, il ne serait pas associé. Il est cependant permis de convenir qu'un associé aura droit aux gains, et n'aura pas à participer aux pertes.

Essentialia —

Les conditions requises pour la validité du contrat de société n'offrent aucune particularité; il est régi purement et simplement par les principes généraux, relatifs à la capacité des parties, à l'objet et au consentement.

Effets.

§ 140.

I. — Entre les associés.

Comme tout contrat synallagmatique parfait, la société a pour effet de créer, entre les associés, des droits et des obligations réciproques. Ces droits et obligations peuvent être considérés à trois époques :

1. A la naissance de la société;
2. Durant son existence;
3. A sa dissolution.

1. A la naissance de la société. Chaque associé a l'obligation d'effectuer l'apport convenu. Lorsque l'apport consiste en travail ou en industrie, l'associé est dans une situation analogue à celle que crée le louage d'ouvrage. Lorsque l'apport a pour objet des choses matérielles, l'associé doit à la fois la délivrance et la garantie. Mais pour déterminer exactement la portée de cette double obligation, il faut voir si c'est la propriété, ou seulement la jouissance qui a été promise. Dans le premier cas, on applique, par analogie, les règles de la vente sur la garantie, ainsi que sur les conséquences du *periculum*; et le transfert de la propriété s'opère par tradition; laquelle, le cas échéant, se présentera, soit comme *traditio brevi manu*, soit comme *constitutum possessorium*. Dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un apport en jouissance, l'obligation ressemble à celle qui incombe au bailleur dans le louage de choses. Aussi est-ce d'après les règles de ce louage, que se trouvent alors régies la délivrance et la garantie, de même que les conséquences du *periculum*.

2. Durant l'existence de la société. Les apports étant effectués, il y a lieu d'en tirer parti, pour chercher à atteindre le résultat, en vue duquel le contrat a été conclu. Qui sera chargé de ce soin? Distinguons : si le contrat est muet à cet égard, chaque associé peut gérer les affaires communes, conformément au but de la société; mais l'opposition de tout autre associé fait cesser cette faculté. Rigoureusement, le concours de tous eût peut-être été nécessaire pour tous les actes, indistinctement; l'intérêt bien entendu de tous a fait écarter cette exigence, au moins pour les actes d'administration; il a été admis que, pour ces actes, chaque associé a mandat de

tous; et cette présomption ne tombe que devant une opposition. Si le contrat a réglé ce qui concerne la gestion des affaires sociales, on devra naturellement s'y conformer. Dans tous les cas, l'associé qui a géré est tenu de rendre compte; il doit remettre tout ce qu'il a reçu, comme il doit être indemnisé du dommage qu'il a subi, ainsi que des dépenses qu'il a faites dans l'intérêt de tous.

3. A la dissolution de la société. Le résultat obtenu est commun à tous; dans quelle mesure, et pour quelle part? Cela dépend. A défaut de convention sur ce point, les parts sont égales, et non pas proportionnelles à la valeur des apports. Mais le plus souvent ce point est réglé par la convention, et les parties ont toute latitude à cet égard. Il leur est permis de s'attribuer des parts inégales; dans ce cas, si la convention ne parle que des bénéfices, et que, contrairement à la prévision des parties, on n'arrive en définitive qu'à des pertes, celles-ci seront réparties dans les proportions qui avaient été fixées pour les bénéfices. On peut aussi distribuer les bénéfices, autrement que les pertes; et même dispenser un ou quelques-uns des associés de participer aux pertes, sans les exclure des bénéfices; mais ces sortes de clauses doivent s'interpréter raisonnablement; en ce sens qu'il y a lieu de prendre toutes les opérations sociales dans leur ensemble, de compenser le gain réalisé dans l'une avec la perte essuyée dans l'autre, et de décider, par ce calcul global, si en dernière analyse on se trouve en présence de pertes ou de bénéfices. Enfin, rien n'empêche de laisser à un tiers, ou même à l'un des associés, la fixation des parts. Cette fixation doit alors être faite *ad boni viri arbitrium*, c'est-à-dire en tenant équitablement compte de l'importance

respective des apports; faute de quoi, elle peut être soumise à la censure de la juridiction ordinaire. Sous ce rapport, il existe une différence notable entre la société et la vente. A s'en tenir aux principes du droit pur, le règlement des parts, quel qu'il fût, devrait lier les contractants, comme s'il avait été établi directement par eux-mêmes; et, dans la vente, c'est ce principe qui a été appliqué dans toute sa rigueur. Le contrat de société a été placé sous un régime moins sévère; pourquoi? Parce que les associés ont en vue un résultat destiné à être commun à tous; dans la gestion des affaires sociales, ils recherchent un avantage; mais s'ils réalisent cet avantage, c'est au détriment des tiers, non de leurs coassociés; au contraire, ils ont à le partager avec ces derniers. Il y a donc communauté d'intérêt entre eux pour tout ce qui concerne les opérations sociales; ce ne sont pas des adversaires, ce sont des coïntéressés; il règne entre eux une sorte de confraternité. Voilà pourquoi les règles fraternelles de l'équité ont été ici substituées à celles du droit strict. La même considération explique aussi l'attribution du *beneficium competentiæ*, et le tempérament apporté à la responsabilité que les associés encourent en cas de faute légère.

Telles sont les diverses obligations des associés, à raison de la société. L'*actio pro socio* est donnée pour poursuivre l'accomplissement de toutes ces obligations, à quelqu'époque qu'elles viennent à naître. Mais elle ne va pas plus loin, et n'a pas d'autre objet. Ainsi notamment, lors de la dissolution, elle servira à vider toutes les difficultés que la liquidation pourra amener entre les associés, et à déterminer la quotité qui revient à chacun dans l'avoir social. Mais à l'égard des choses corporelles, que

comprend cet avoir, le jugement rendu sur l'*actio pro socio* n'est pas attributif de propriété; il constate seulement la part indivise de chaque associé; pour arriver au partage, c'est à l'*actio communi dividundo* qu'il faut recourir; c'est l'*adjudicatio* qui fait cesser l'indivision.

§ 141.

II. — Envers les tiers.

En général, la société, de même que toute convention, n'a d'effet qu'entre les parties; et, par suite, dans les obligations que les associés contractent envers des tiers, le contrat de société ne peut pas être invoqué contre ces derniers. Mais dans leurs relations avec les tiers, les associés n'interviennent pas toujours personnellement; le plus souvent ils sont représentés par un ou quelques-uns d'entre eux; et même nous avons vu, au paragraphe qui précède, qu'à défaut de convention sur ce point, chacun est censé avoir mandat pour administrer conformément au but de la société. Pour résoudre la question de savoir quand et dans quelle mesure les associés peuvent être liés envers des tiers, nous allons donc distinguer deux hypothèses.

Première hypothèse : Les associés ont traité tous, conjointement, avec le tiers. — En principe, le contrat de société ne peut pas être opposé au tiers; et le droit de ce dernier n'est nullement limité par la circonstance que ses co-contractants sont associés. Il s'ensuit que la portée de l'obligation, qui incombe aux associés, se détermine par les règles qui s'appliquent à tous les cas, où plusieurs

individus contractent une dette conjointement. En conséquence :

1. Ils sont tenus, chacun pour une part, et non pas solidairement ; à moins qu'ils ne s'y soient spécialement engagés, ou qu'ils ne versent dans une espèce où la solidarité existe de plein droit.

2. La part, pour laquelle chacun est lié, est une part virile, non une part sociale ; pour que l'associé ne fût tenu que pour sa part sociale, il faudrait une convention en ce sens.

Seconde hypothèse : Un ou quelques-uns des associés ont traité avec le tiers. —Cette hypothèse est un peu plus compliquée que la première.

Il se peut d'abord qu'ils aient agi en vertu d'un mandat. Alors il faudra appliquer les règles exposées au § 137. Le tiers aura une action, non pas spécialement contre ceux avec lesquels il a traité, mais contre tous les mandants, c'est-à-dire tous les associés indistinctement ; et, à la différence de ce qui a lieu dans l'hypothèse précédente, chacun est tenu pour sa part sociale ; pourquoi ? Parce que le tiers ne fait qu'intenter, *quasi ex jure cesso*, l'action de ceux avec lesquels il a contracté ; que l'action appartenant à ces derniers serait l'*actio pro socio;* et que, dans cette action, chaque associé ne répond que pour sa part sociale.

Ajoutons que le mandat tacite équivaut au mandat exprès ; et que la ratification produit également le même effet : *ratihabitio mandato æquiparatur*. Une situation identique pourrait résulter aussi de la *negotiorum gestio :* en l'absence de tout mandat, un associé fait une convention dans l'intérêt de la société ; par exemple, il y a des réparations urgentes à effectuer ; l'associé chargé de

l'administration est empêché; un autre prend sur lui de les faire exécuter. Tous les associés seront tenus, comme s'il y avait eu mandat.

Enfin, sans aucune espèce de mandat, sans ratification, sans *negotiorum gestio*, il est encore possible que les associés soient liés par le fait de l'un d'eux. C'est ce qui arrive dans le cas de l'*in rem versio* : Un associé, qui n'a aucun mandat, fait une convention que ne commande nullement l'intérêt de la société; mais le produit de cette convention tourne, en tout ou en partie, au profit de la société; alors tous les associés sont, par cela seul, tenus à concurrence de ce profit; et chacun peut être poursuivi pour sa part sociale, au moyen de l'*actio de in rem verso*.

§ 142.

Dissolution de la société.

La société finit d'abord, conformément aux principes généraux, par la volonté commune des parties, par l'expiration du terme, etc. De plus, elle a des modes de dissolution qui lui sont particuliers. Parmi ceux-ci, l'on remarque :

1. La renonciation d'un ou de quelques-uns des associés. Ce mode n'est admis que dans une seule espèce de société : celle qui a été conclue pour un temps illimité. Là, comme dans le louage auquel aucune durée n'a été assignée, chacun est libre de renoncer quand bon lui semble. Encore faut-il cependant que la renonciation soit faite en temps opportun et sans fraude. Inopportune, la renonciation obligerait à réparer le préjudice qu'elle aurait causé; frauduleuse, elle délierait les autres associés

envers le renonçant, mais ne délierait pas ce dernier; en d'autres termes, elle pourrait être invoquée, non par le renonçant, mais bien contre lui.

2. La mort d'un associé. La société est dissoute, en ce sens qu'elle ne subsiste ni entre les survivants et les héritiers du prédécédé, ni même entre les survivants.

a) Elle ne continue pas avec les héritiers du prédécédé; par la raison que le consentement donné au contrat de société est déterminé par des considérations tout à fait personnelles aux contractants; et, comme on ne connaît pas d'avance les héritiers, il n'est pas permis de convenir que la société sera maintenue avec eux.

b) Elle ne continue pas, non plus, entre les survivants; parce que la personne de tous et de chacun des associés est censée être un élément essentiel du contrat. Pourtant, ce n'est là qu'une présomption. Aussi n'est-il pas défendu de convenir du contraire.

3. La *capitis deminutio maxima* ou *media*. La dégradation qui en résulte équivaut à la mort civile, et, par conséquent, dissout la société, comme la mort naturelle. Le même effet a été également attribué, par analogie, à la faillite.

§ 143.

5. — Contrat emphytéotique.

On appelle ainsi, le contrat par lequel l'une des parties s'engage à fournir à l'autre une emphytéose, c'est-à-dire le droit de cultiver un fonds et d'en tirer les fruits, pendant un long temps, voire même indéfiniment, à charge de payer une rente.

Dans l'ancien droit, ce contrat se faisait dans la forme du louage; mais il avait une durée plus longue, et conférait des pouvoirs plus considérables que le louage ordinaire. (Voir le titre *De l'emphytéose*). Aussi des jurisconsultes se demandaient si ce contrat ne devait pas être soumis plutôt aux règles de la vente. L'empereur Zénon trancha la difficulté : il en fit un contrat *sui generis*, en décidant que la perte totale du fonds emphytéotique mettrait fin au contrat; tandis que la perte partielle ou la détérioration retomberait sur l'emphytéote, et ne lui donnerait droit à aucune remise ou réduction.

Les conditions requises pour la validité du contrat emphytéotique, sont exactement les mêmes que dans toutes les conventions; sauf une seule dérogation : lorsqu'il a pour objet des biens de l'Église, il n'est valable que s'il est rédigé par écrit.

Les effets du contrat emphytéotique sont, en général, ceux du louage. Il y a, cependant, quelques différences importantes, relativement :

1. A la durée. Le contrat emphytéotique se fait pour un long temps; et si la durée n'a pas été limitée, il est concédé à perpétuité; en ce sens que la jouissance de l'emphytéote pourra durer indéfiniment, du moment qu'il ne manque pas à ses obligations; tandis que, dans le même cas, chaque partie a la faculté de mettre fin au bail, quand bon lui semble.

2. Au *periculum*. La perte partielle n'autorise pas l'emphytéote à réclamer une réduction.

3. A l'étendue des pouvoirs qu'il confère. A la différence du fermier, l'emphytéote n'est pas tenu de conserver au fonds sa destination; il est libre de changer cette destination, du moment qu'il ne détériore pas le fonds.

De plus, l'emphytéote a la possession; d'où il suit qu'il a les interdits possessoires, et qu'il acquiert les fruits dès qu'ils sont séparés du fonds.

Ajoutons, enfin, que le bail ordinaire ne crée au profit du preneur qu'un droit d'obligation, tandis que l'emphytéose est un droit réel. Mais il va de soi que cette dernière différence ne se produit, que pour autant que le concédant soit propriétaire du fonds emphytéotique. L'établissement d'un droit réel est une aliénation; et, à ce titre, ne peut évidemment émaner que du propriétaire. Pour la validité du contrat, cette qualité de propriétaire est absolument indifférente, comme dans le louage, comme dans la vente; quoique n'étant pas propriétaire d'un fonds, rien ne m'empêche de le donner à bail ou de le vendre; rien ne m'empêche non plus d'en faire l'objet d'un contrat emphytéotique; et, dans ce cas, le contrat engendrera toutes les obligations qui ont été exposées ci-dessus; mais, par le motif qui vient d'être donné, il n'en résultera pas, en outre, un droit réel d'emphytéose.

II. — Contrats réels.

§ 144.

Observations préliminaires.

Les contrats réels sont ceux, dont la *causa civilis* consiste dans une prestation déjà effectuée. La *causa civilis* est donc encore intrinsèque ou matérielle, comme dans les contrats consensuels; de part et d'autre il y a réciprocité, il y a engagement motivé par une prestation. Mais dans

les contrats consensuels, c'est une prestation promise; ce qui fait que la *causa civilis* existe, par cela seul que les parties sont d'accord, *solo consensu contrahitur obligatio;* et que, dès lors, les conditions, qu'exige la validité de ces contrats, se rapportent uniquement aux trois éléments essentiels de toute convention. Dans les contrats réels, au contraire, c'est une prestation déjà accomplie; le consentement ne suffit plus; il faut, en outre, l'accomplissement d'une prestation : *re contrahitur obligatio;* faute de quoi, la convention ne serait qu'un pacte. La *causa civilis* se distingue donc du consentement, et constitue un quatrième élément requis pour la perfection du contrat.

La prestation qui sert de *causa civilis* peut varier à l'infini. Originairement, elle consistait tantôt dans le transfert de la propriété, *datio;* tantôt dans la remise d'une chose, sans que cette remise impliquât la transmission d'un droit; puis il a été admis, et telle est la législation de Justinien, que la *causa civilis* d'un contrat réel peut résider dans toute prestation déjà effectuée, peu importe qu'elle consiste à *dare* ou à *facere.*

L'objet de l'obligation, prise en retour de cette prestation, est susceptible des mêmes variétés. Primitivement, il était en rapport direct avec la nature même de la *causa civilis* : à la *datio* de choses corporelles, correspondait l'obligation de *dare* l'équivalent en choses de même espèce et qualité; la remise pure et simple d'une chose, sans transfert de propriété, engendrait l'obligation de restituer cette chose même, *in specie.* Enfin quand le cadre des contrats réels eut reçu l'extension considérable qui vient d'être dite, au point que toute prestation quelconque put en constituer la *causa civilis,* l'objet de

l'obligation prit la même extension, et put revêtir toutes les formes dont le *dare* et le *facere* sont susceptibles. C'est d'après cet ordre d'idées que sont venus se grouper, dans la catégorie des contrats réels : d'abord le *mutuum;* puis, le commodat, le dépôt, le contrat de gage; enfin toute une série, connue sous la dénomination générique de contrats innommés.

v. p. 313 *

1-2-3-4. Contrats réels nommés.

1. — *Mutuum*, OU PRÊT DE CONSOMMATION.

§ 145.

Notion et conditions requises.

Le *mutuum* est le contrat, par lequel une des parties, le prêteur, donne à l'autre une quantité de choses fongibles; à charge par cette dernière, l'emprunteur, de lui rendre autant de même espèce et qualité.

D'après cette définition, l'élément caractéristique du contrat est double; il y a deux points sur lesquels doit porter la volonté commune, pour que le contrat soit réellement un *mutuum :*

1) D'une part que l'emprunteur devienne propriétaire des choses prêtées; 2) d'autre part, qu'il soit tenu de transférer au prêteur la propriété de l'équivalent, en choses de même espèce et qualité.

Les conditions de validité, relatives à la capacité, à l'objet, au consentement, sont celles de toute convention. Quant à la *causa civilis,* elle consiste dans le transfert de la propriété, *datio;* et c'est même de là que vient le nom de *mutuum, ex meo fit tuum.* La *datio* s'opère par

la tradition, et se trouve soumise à tous les principes qui régissent ce mode d'acquérir. Il suit de là, notamment, que le prêteur doit être propriétaire des choses qu'il prête, et capable d'aliéner; et sans la réunion de ces deux conditions, pas de *datio*, donc pas de *mutuum*. Mais les choses prêtées sont le plus souvent des choses consomptibles; dans tous les cas, la volonté commune doit être que l'emprunteur en devienne propriétaire et par suite ait la faculté de les consommer; or, en l'absence des conditions requises pour le transfert de la propriété, la consommation des choses par l'emprunteur crée pour celui-ci une situation tout à fait identique à celle qui serait résultée d'une *datio*. Il est même une catégorie de choses consomptibles, dont la propriété est transmise par le seul fait du mélange : c'est l'argent monnayé, c'est-à-dire la chose consomptible qui donne lieu aux prêts les plus fréquents et les plus importants. Il n'est donc pas impossible que la *datio* qui a fait défaut à l'origine, se réalise plus tard par le mélange de la somme prêtée; ou du moins qu'une circonstance postérieure, la consommation, fournisse à l'emprunteur le même avantage matériel qu'il aurait retiré de la *datio*. Aussi, dès ce moment, le *mutuum* se trouve-t-il consolidé; et la loi donne au prêteur l'action qui naît de ce contrat.

§ 146.

Effet.

L'effet du *mutuum* est déterminé suffisamment dans sa définition même. Il crée une obligation, à charge de l'emprunteur seulement : l'obligation de rendre la même

quantité, en choses de même espèce et qualité; et, pour faire valoir cette obligation, le prêteur a l'*actio mutui*, ou *condictio ex mutuo*.

Le *mutuum* ne présente quelques particularités, que quand il s'agit de sommes d'argent. Voici ces particularités :

1. L'emprunteur est tenu de rendre exactement la même somme qu'il a reçue; et il n'est permis de déroger à cet effet du contrat, qu'en ce sens qu'une clause du *mutuum* qui obligerait à rendre *moins* serait parfaitement efficace. Il en serait autrement de l'engagement de rendre plus. Cet engagement, quant à l'excédant, n'aurait pas de *causa civilis*; et dès lors ne serait pas civilement obligatoire. C'est par application de ce principe, que l'obligation de payer un intérêt, prise dans une clause du *mutuum*, n'est qu'une obligation naturelle. Dans les autres prêts, on a fini par être moins rigoureux, et par admettre qu'un simple pacte suffirait pour créer l'obligation civile de payer un intérêt. Mais dans le prêt d'argent, le principe a été maintenu dans toute sa rigueur : ce prêt est resté, jusque dans le droit nouveau, le *negotium stricti juris* par excellence; et le seul moyen direct de rendre une promesse d'intérêt civilement efficace, c'est de recourir à la *stipulation proprement dite*. (Voir, ci-après, § 153.)

2. Dans les autres prêts, on n'a aucun égard aux changements de valeur qu'ont pu subir les choses prêtées; ce que doit l'emprunteur, c'est toujours la même quantité de choses, de même espèce et qualité; peu importe la valeur. Dans le prêt d'argent, au contraire, on ne considère que la valeur; la loi voit dans la monnaie, non ce qu'elle vaut intrinsèquement comme métal; mais ce qu'elle vaut

ou ce qu'elle représente dans les opérations sociales qu'elle sert à faciliter; c'est cette valeur que l'emprunteur a reçue; c'est la même qu'il doit fournir, en toutes espèces quelconques, ayant cours lors du payement.

3. Le prêt d'argent a donné naissance à l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. Il en sera parlé au § 158.

4. Il fait l'objet du sénatus-consulte macédonien. Macedo, auquel le sénatus-consulte doit son nom, vivait sous l'empereur Claude; il avait tué son père afin de payer, au moyen de la succession paternelle, les sommes qu'il avait empruntées pendant qu'il était sous puissance. On s'émut de pareil forfait; et, pour en prévenir le retour, en même temps que pour mettre un frein aux folles dépenses des fils de famille, folles dépenses souvent encouragées par les usuriers, on ne laissa plus au prêt d'argent, fait à un fils de famille, la valeur d'une obligation civile parfaite. Tel est le sens du sénatus-consulte macédonien. Les conditions que requiert son application, découlent naturellement du mobile qui a inspiré le sénatus-consulte. Il faudra :

1° Qu'il s'agisse d'un prêt d'argent;
2° Que l'emprunteur soit *filius familias*.

Ces deux conditions sont indispensables. Le sénatus-consulte ne touche point aux autres prêts, moins encore aux autres contrats; il ne s'applique qu'aux fils de famille. Mais ces deux conditions étant réunies, il n'en faut pas davantage; notamment, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu dol ou violence de la part du prêteur.

Le but poursuivi par le sénatus-consulte, en détermine également la portée. Qu'exigeait la réalisation de ce but? Que le prêteur n'eût aucun moyen de coercition efficace. C'est pourquoi une exception péremptoire est donnée, à

l'effet de paralyser complètement l'action du prêteur; exception qui peut encore être opposée après le jugement, pour en empêcher l'exécution. Mais, pourtant, il résulte du prêt une obligation naturelle; et, par conséquent, ce qui aurait été payé ne serait pas sujet à répétition.

§ 147.

2. — COMMODAT, OU PRÊT A USAGE.

C'est le contrat par lequel l'une des parties remet une chose à l'autre, pour s'en servir gratuitement, et la restituer ensuite en nature.

Le signe distinctif du contrat est dans l'intention commune : que l'emprunteur ou commodataire se serve de la chose prêtée, et sans devoir aucune rémunération; puis, qu'il la restitue en nature. Il suit de là qu'en général, les choses consomptibles ne peuvent pas être l'objet d'un commodat, pas plus que d'un louage.

Les conditions de validité sont les mêmes que dans toute convention; et, comme le contrat est réel, il faut, de plus, la remise matérielle de la chose. Ce n'est pas une *datio;* c'est une remise pure et simple, qui n'attribue à l'emprunteur aucun droit réel, ni même la possession.

Le commodat a pour effet direct et nécessaire de créer une obligation à charge du commodataire; éventuellement, il peut aussi en créer à charge du commodant.

L'obligation qui incombe au commodataire, et qui se poursuit au moyen de l'*actio commodati directa*, comprend deux points :

1. Ne se servir de la chose, qu'à l'usage pour lequel elle a été prêtée;

2. La restituer, telle qu'il l'a reçue.

Le plus souvent, il a intérêt au contrat; et, par suite, il répond de la faute légère. Il se peut pourtant qu'il n'y ait pas intérêt; alors, naturellement, il n'est tenu que de la faute lourde.

L'obligation éventuelle qui incombe au commodant a, pour objet, la restitution des dépenses faites par le commodataire, pour la conservation de la chose prêtée, ainsi que la réparation du préjudice qui a pu lui être causé par cette chose. Pour faire valoir son droit, le commodataire a non seulement le *jus retentionis* et l'*exceptio doli*, mais encore l'*actio commodati contraria*.

3. — Dépôt.

§ 148.

Notion et effets.

Le dépôt est le contrat, dans lequel l'un des contractants remet à l'autre une chose, pour qu'il la garde gratuitement, et la restitue ensuite telle qu'il l'a reçue.

D'après cette définition, pour constituer un dépôt, il faut que la volonté commune soit : que le dépositaire garde la chose déposée; qu'il la garde sans rémunération; et qu'il la remette ensuite en nature.

Les conditions requises pour la validité du dépôt offrent la plus grande analogie avec celles que requiert le commodat : ce sont d'abord les conditions qui s'appliquent à toutes les conventions; et, en outre, comme *causa civilis*,

la remise de la chose; remise pure et simple qui ne confère ni un droit réel, ni même la possession.

Le dépôt a pour effet direct et nécessaire d'obliger le dépositaire; éventuellement, il peut aussi obliger le déposant.

Le dépositaire est tenu :

1. De garder la chose. Il n'a pas le droit d'en user.

2. De la remettre en nature, telle qu'il l'a reçue. Le déposant est libre de réclamer cette restitution, même avant l'expiration du terme convenu; par la raison que le terme, comme tout le contrat de dépôt, est dans l'intérêt exclusif du déposant; et que, dès lors, la volonté de ce dernier suffit, à elle seule, pour faire tomber le terme. Pour le même motif, le dépositaire ne répond, en général, que de la faute lourde; mais s'il arrivait que le contrat eût été conclu dans son intérêt, il serait alors tenu de la faute légère; et il serait soumis à la même responsabilité, s'il s'était offert, spontanément, à recevoir le dépôt.

L'obligation éventuelle du déposant consiste à indemniser le dépositaire des dépenses et des engagements, auxquels il a été amené en exécution du contrat, ainsi que du préjudice que la chose déposée a pu lui causer. Pour poursuivre cette obligation, le dépositaire a l'*actio depositi contraria*; mais la loi ne lui donne aucun autre moyen; et, notamment, il ne serait reçu à repousser l'*actio depositi directa*, ni par la compensation, ni par le *jus retentionis*.

§ 149.

Espèces particulières de dépôts.

1. Dépôt nécessaire. On appelle ainsi le dépôt qui a lieu par suite d'un accident, comme un incendie, un pillage, la ruine d'un bâtiment. Dans ces circonstances, le déposant est le plus souvent à la merci du dépositaire par rapport à la preuve; c'est pourquoi celui qui dénie témérairement est condamné au double : *lis inficiando crescit in duplum.*

2. Dépôt irrégulier. On a donné ce nom à un dépôt, qui n'en est réellement pas un. Mais avant d'expliquer cette anomalie, il importe de rappeler deux règles qui ont été exposées ci-dessus au § 118, savoir :

a. Que la qualification légale d'une convention dépend, moins du nom que les parties ont bien voulu lui donner, que des éléments intrinsèques, sur lesquels elles sont tombées d'accord.

b. Que, si une convention réunit les éléments de plusieurs contrats, sans qu'il soit possible de considérer l'un comme principal, et l'autre comme accessoire, il y a lieu de combiner les principes de ces divers contrats ; de manière que, pour chaque difficulté qui se présente, on recherche quel est le contrat dont la convention participe, quant à l'objet de cette difficulté; et l'on y applique les principes du dit contrat. C'est ainsi que, dans le contrat de transport, par lequel le voiturier s'oblige à remettre à destination, non pas les choses mêmes qui lui ont été livrées, mais une quantité égale de même espèce et qualité, le louage d'ouvrage se combine avec le *mutuum*;

l'obligation du voiturier a pour objet un *genus*, et consiste à *dare*, comme dans le *mutuum*. Il en est de même lorsqu'un meunier reçoit une certaine quantité de blé, à charge de fournir une certaine quantité de farine. On a donné à ces sortes de conventions le nom de *locatio irregularis*; et pourtant elles ne présentent pas d'irrégularité proprement dite; elles n'ont rien qui soit réellement contraire aux principes; puisqu'on se borne à démêler, dans cette *locatio*, les divers éléments qu'elle contient pour juger chacun d'eux d'après le contrat auquel il appartient.

L'irrégularité, proprement dite, se rencontre dans le dépôt irrégulier. On appelle ainsi le dépôt d'une somme d'argent, dans lequel il est entendu que le dépositaire est en droit de consommer cette somme, et est tenu de restituer, non pas les espèces qu'il a reçues, mais la même somme, *tantumdem*. Au fond, le contrat est un *mutuum*, et il devrait être traité comme tel; mais les parties l'ont qualifié dépôt; et, *par cela seul*, la loi le considère comme dépôt. C'est là une véritable inconséquence; c'est la violation de la première des règles qui viennent d'être rappelées. Pour faire comprendre comment on en est arrivé là, il est nécessaire d'anticiper quelque peu, et d'indiquer en deux mots la théorie des *negotia stricti juris*, mise en rapport avec celle de la *stipulatio* et des *pacta adjecta*. Le *mutuum*, qui a pour objet une somme d'argent, constitue le *negotium stricti juris* par excellence; il en résulte (voir § 159) qu'un pacte ajouté au *mutuum* n'aurait pas obligé, civilement, à payer des intérêts; et que la *stipulatio* était le seul moyen *direct* de créer cette obligation civile. Or, la *stipulatio*, nous le verrons au § 153, exigeait des formalités dont l'observation pouvait être difficile, si pas impossible. C'est pour y

échapper que fut imaginée l'anomalie du dépôt irrégulier : il est traité comme dépôt, uniquement, parce qu'il a été ainsi qualifié par les parties ; et, le dépôt étant un *negotium bonæ fidei*, un simple pacte suffit pour faire naître l'obligation civile de payer des intérêts.

3. Séquestre. Le séquestre est le dépôt d'une chose litigieuse, c'est-à-dire d'une chose, sur laquelle il y a contestation. On donne, également, le même nom à la chose qui en est l'objet, et aussi à la personne qui en est chargée.

Il y a deux espèces de séquestre : celui qui a lieu par la volonté des parties, séquestre volontaire ou conventionnel ; et celui qui est ordonné par le juge, séquestre nécessaire ou judiciaire.

Le séquestre est un vrai dépôt, et soumis à toutes les règles de ce contrat ; sauf les différences suivantes ; lesquelles résultent presque toutes de la circonstance que l'objet du séquestre est litigieux :

a. Le séquestre est fait par plusieurs personnes ayant des intérêts opposés ; l'action en restitution ne prend naissance qu'à la fin du litige, et n'appartient qu'à celui qui a obtenu gain de cause.

b. Le séquestre s'applique non seulement aux meubles ; mais encore aux immeubles.

c. La possession peut, par une convention particulière, être attribuée au séquestre.

§ 150.

4. — Contrat de gage.

Le contrat de gage est celui par lequel une personne remet à une autre une chose, dans l'intention commune que cette chose serve à garantir une dette.

La *causa civilis* du contrat consiste dans la remise d'une chose : remise pure et simple, comme dans le dépôt et le commodat. Les autres conditions requises pour la validité du contrat sont celles de toute convention; et cette convention ne constitue un contrat de gage, que pour autant que, dans la volonté commune aux contractants, la chose remise par l'un à l'autre soit destinée à assurer le payement d'une créance. C'est là le signe caractéristique du contrat. Mais la loi n'exige rien de plus; notamment il n'est pas nécessaire que cette volonté se réalise, c'est-à-dire que celui qui reçoit la chose acquière effectivement un droit de gage. Pour l'établissement du *droit réel*, il faut, entre autres conditions, l'existence d'une créance et la qualité de propriétaire dans le chef de celui qui s'est dessaisi de la chose; pour la perfection du *contrat de gage*, ces conditions sont absolument indifférentes. Le contrat de gage n'implique pas nécessairement la création du droit réel de gage; pas plus que le contrat emphytéotique n'implique, nécessairement, la création d'une emphytéose; pas plus que la vente n'implique, nécessairement, le transfert de la propriété. Il s'ensuit que les obligations et les actions à résulter du contrat de gage prennent naissance, alors

même que les dernières conditions, qui viennent d'être indiquées, feraient défaut.

De même que toute convention synallagmatique imparfaite, le contrat de gage crée une obligation directe, et une obligation éventuelle.

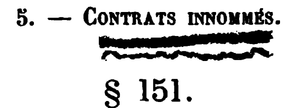
L'obligation directe incombe à celui qui a reçu la chose, et se poursuit au moyen de l'*actio pignoratitia directa*. Elle consiste à :

1. Garder la chose, en bon père de famille ;
2. La restituer après extinction de la dette, ou rendre compte du prix qui en a été obtenu.

L'obligation accidentelle ou éventuelle pèse sur celui qui a remis la chose, et donne lieu à l'*actio pignoratitia contraria*. Elle l'astreint à :

1. Réparer le dommage que la chose a pu causer à celui qui l'a reçue ;
2. Garantir la sûreté, en vue de laquelle le contrat a été conclu ; et, par conséquent, fournir une autre chose, si celle qui a été remise appartenait à autrui, ou bien était déjà grevée de charges qui rendaient la garantie illusoire.

5. — Contrats innommés.



§ 151.

Règles générales.

Le principe qui domine les contrats réels, c'est qu'un engagement est civilement obligatoire, quand il a, pour cause, une prestation déjà effectuée. Mais il n'a pas été, de prime abord, formulé en termes aussi généraux. Ici,

datio d'une chose : Mutuum
Remise —— : Commodat
Dépôt
Contrat de gage

de même que dans toutes les autres matières, on a commencé par les hypothèses les plus usuelles; on a créé les quatre contrats réels qui viennent d'être examinés; plus tard, on a appliqué le principe à d'autres hypothèses; et ce n'est que successivement qu'on en est venu à reconnaître qu'il y a contrat, quelle que soit la prestation effectuée, quelle que soit l'obligation qui a été prise en retour.

Voici en quelques mots, comment ce résultat a été atteint : à l'origine, les quatre espèces prérappelées constituaient les seuls contrats réels; en dehors de ces quatre espèces, la convention n'était pas un contrat, et partant n'engendrait point d'obligation civile. Si, donc, je vous avais remis une chose, pour qu'à votre tour vous m'en fournissiez une autre; notre convention n'étant ni un *mutuum*, ni un commodat, ni un dépôt, ni un contrat de gage, vous n'étiez pas obligé civilement; je ne pouvais pas vous contraindre à me fournir la chose promise; bien plus, je n'avais pas même d'action pour rentrer en possession de celle que je vous avais abandonnée. Cette dernière conséquence était d'une évidente iniquité; aussi l'on ne tarda pas à donner une action en restitution de la chose livrée : *condictio causa data, causa non secuta*. C'était un premier pas dans le développement de la matière. On en fit un second, beaucoup plus considérable, au commencement de l'empire. D'après une innovation, inaugurée par Labéon, et complétée par Ariston : chaque fois qu'une personne a *reçu une chose* à charge de faire une prestation quelconque en retour, une action fut donnée au créancier à l'effet de réclamer cette prestation. Puis, la jurisprudence élargit encore le cercle de la *causa civilis*, et y comprit tous les cas où une *prestation quelconque* a eu lieu en vue d'en obtenir une autre, quel

condictio causa data, causa non secuta.

v.301

que soit l'objet ou la nature de la prestation effectuée, comme de la prestation promise; peu importe que cette prestation consiste, soit dans la *datio* ou dans la remise pure et simple d'une chose, soit dans l'accomplissement d'un fait. De sorte que Paul ramenait tous les contrats réels imaginables aux quatre formules suivantes : *do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias*.

Tel est l'état de la législation de Justinien. Les contrats réels se divisent en nommés et innommés; les contrats réels nommés sont ceux dont traitent les paragraphes précédents; tous les autres sont innommés. Ils sont ainsi qualifiés, non pas, précisément, parce qu'ils n'auraient pas de nom (nous verrons bientôt que plusieurs ont un nom); mais parce que les règles qui les concernent sont exposées pour tous globalement; et surtout parce qu'il n'existe pas pour chacun d'eux une action spéciale: c'est la même action, ou formule générale, qui sert pour tous, et qui est appropriée à chaque espèce particulière au moyen d'un préambule, placé en tête de la formule, *præscripta verba;* ce qui fait que cette action a été désignée sous le nom de *præscriptis verbis actio*.

Quant aux conditions de validité et aux effets des contrats innommés, ils se résument en deux mots : pour leur validité, il faut d'abord les conditions que requiert toute convention; puis, comme dans tout contrat réel, l'accomplissement de la prestation qui forme la *causa civilis*. Les effets sont déterminés par la volonté commune des parties. Seulement, les contrats innommés offrent une anomalie qui a déjà été signalée, et dont l'explication doit maintenant être donnée. Dans ces contrats, le *jus pœnitendi* est de droit, c'est-à-dire que si le débiteur ne s'exécute pas, le créancier a la faculté ou de l'y contraindre

par l'*actio præscriptis verbis;* ou bien de réclamer, par la *condictio causa data, causa non secuta,* la restitution de la chose dont il s'est dépouillé. Ce *jus pœnitendi* avait sa raison d'être à l'époque où il a été établi; le créancier n'ayant aucun moyen de forcer le débiteur à tenir sa promesse, il était tout naturel de lui permettre, au moins, de reprendre la chose qu'il avait abandonnée pour obtenir cette promesse; mais, du jour où l'*actio præscriptis verbis* fut accordée au créancier, le *jus pœnitendi* aurait dû disparaître Il n'en a rien été; on a maintenu la *condictio causa data, causa non secuta,* en même temps que l'*actio præscriptis verbis;* et Justinien n'y a rien changé.

Après cet exposé succinct, nous n'avons plus qu'à consacrer quelques lignes aux trois espèces les plus intéressantes de contrats innommés : l'échange, le précaire et les arrhes.

§ 152.

Échange. — Précaire. — Arrhes.

I L'échange, *permutatio,* est le contrat par lequel la propriété d'une chose est transmise à l'un des contractants, à charge par lui de transmettre la propriété d'une autre chose à son co-contractant. L'échange ressemble à la vente. Dans les deux contrats, une chose est fournie ou doit être fournie à une personne, qui s'oblige à fournir en retour un équivalent; mais dans la vente, cet équivalent est une somme d'argent, tandis que dans l'échange, c'est toute chose quelconque, autre qu'une somme d'argent. Voilà quel est le caractère distinctif des deux contrats;

et il importe au plus haut point de ne pas les confondre, parce qu'il existe entre eux des différences nombreuses :

1. Quant aux conditions requises; la vente est un contrat consensuel; l'échange, un contrat réel;

2. Quant aux effets. Le vendeur est tenu à *tradere;* le copermutant à *dare.* Dans l'échange, la tradition suffit pour transférer la propriété; dans la vente, en général, il faut de plus le payement du prix. La rescision du chef de lésion énorme, établie pour la vente, n'a pas été étendue à l'échange. Mais d'autre part le *jus pœnitendi* est de droit dans l'échange, et non dans la vente.

Le précaire, *precarium*, est le contrat par lequel le concessionnaire obtient à titre gratuit, et jusqu'à révocation, la jouissance d'une chose, corporelle ou incorporelle.

Le précaire se distingue du commodat, en ce que la concession, qui en est l'objet, est révocable au gré du concédant; et il n'est pas sans intérêt de distinguer l'un de l'autre, car les règles qui les concernent ne sont pas identiquement les mêmes. C'est ainsi que :

1. Les choses corporelles sont seules susceptibles d'un commodat; le précaire s'applique également aux *jura in re*, et particulièrement aux servitudes.

2. Le commodataire n'a pas les interdits possessoires; le précariste les a, sauf convention contraire.

3. Le commodataire répond de toute faute; le précariste ne répond que de la faute lourde.

Arrhes. — Il arrive parfois qu'après avoir conclu une convention, l'une des parties remet à l'autre une somme d'argent ou toute autre chose, pour attester la perfection de cette convention, et pour en assurer l'exécution. On donne le nom d'arrhes, soit à la chose ainsi remise, soit au contrat lui-même.

Ce contrat est à la fois réel et accessoire. Il faut donc, pour sa validité, d'abord les conditions de toute convention; puis, la remise de la chose convenue ; et, enfin, l'existence d'une convention valable à laquelle il est ajouté.

Les effets du contrat se déterminent également par son caractère réel et accessoire, combiné avec la commune intention des parties. Pour les indiquer d'une manière complète, prenons successivement les diverses hypothèses qui peuvent se produire :

Première hypothèse : La convention principale est exécutée. Dans ce cas, les arrhes n'ont plus de but ; par conséquent, elles doivent être restituées ; ou, ce qui revient au même, il doit en être tenu compte à celui qui les avait données.

Seconde hypothèse : La convention principale est inexécutée. Ici, il faut encore distinguer. Est-ce un cas fortuit qui est cause de l'inexécution? Le débiteur est libéré; les arrhes tombent donc, comme dans l'hypothèse précédente, et dès lors doivent être rendues. Au contraire, l'inexécution est-elle imputable à l'une des parties; telle est l'hypothèse, et la seule, en vue de laquelle les arrhes ont été données ; elles auront alors leur effet : la partie non coupable aura droit aux arrhes, à titre de dommages et intérêts; de sorte que, si c'est elle qui a reçu les arrhes, elle les garde ; et dans le cas inverse, elle réclame d'abord les arrhes qu'elle avait données, puis l'équivalent que la partie coupable est tenue de lui payer. Mais ce n'est là qu'une faculté pour le créancier ; et il peut tout aussi bien, s'il le préfère, renoncer au bénéfice des arrhes, pour s'en tenir à l'exécution de la convention principale ; pourvu, bien entendu, que cette exécution soit possible. En effet, le contrat accessoire a pour but

normal de confirmer, et non d'annihiler le contrat principal; il s'ensuit qu'en général le créancier a le choix entre les arrhes et l'accomplissement de l'obligation principale. Il n'en serait autrement, et les arrhes n'auraient la portée d'un dédit, que si la chose avait été ainsi convenue entre parties.

III. — Contrat verbal.

§ 153.

Notion, et introduction historique.

Le contrat verbal, ou *stipulatio*, est l'un des deux contrats, dont la *causa civilis* est purement formelle.

Ce contrat a son origine dans les opérations du *nexum* et de la *mancipatio*. C'était un principe, consacré en termes formels par les XII Tables, que les engagements pris verbalement dans le *nexum* ou dans la *mancipatio* étaient civilement obligatoires; et nous en avons déjà rencontré un exemple dans la *mancipatio cum fiducia* (§ 88). Il est même à remarquer que le contrat verbal apparaît ainsi, à sa naissance, comme partie intégrante du *nexum* ou de la *mancipatio;* qu'il participe de la nature commutative ou réciproque de ces actes juridiques; et qu'il a alors une *causa civilis*, intrinsèque et matérielle.

Mais cet état de choses ne se maintient pas d'une manière invariable. Dans le *nexum*, aussi bien que dans la *mancipatio*, les formalités primitives subissent quelques modifications. A l'enchaînement, pour ainsi dire phy-

sique, de la personne du débiteur, que créait le *nexum*, vient se substituer l'engagement ou enchaînement purement juridique; la somme d'argent est remplacée par une pièce de monnaie; la balance ne figure plus que pour la forme. L'opération *per æs et libram* a encore lieu, mais ce n'est plus qu'un simulacre; et ce qui reste alors de sérieux, d'effectif, c'est le contrat verbal; il n'était originairement qu'accessoire; il est maintenant l'élément principal.

Enfin, dans une troisième période, la simplification devient plus considérable encore : le simulacre tombe; l'airain et la balance disparaissent; le *nexum* est complètement transformé; et de tout ce qui le constituait primitivement, on ne trouve plus debout que l'engagement verbal, c'est-à-dire l'élément qui, ayant commencé par être accessoire et accidentel, acquiert une existence propre, et survit à la ruine de l'édifice que, dans les premiers temps, il avait eu pour unique appui.

Tel est, en droit nouveau, le contrat verbal ou stipulation dans le sens technique; ce mot dérivé de *stips*, pièce de monnaie, qui figurait dans l'opération *per æs et libram*. Mais alors on n'y rencontre plus la réciprocité qui caractérisait la *mancipatio* et le *nexum*; la *causa civilis* du contrat n'est plus que formelle. En quoi consiste cette *causa civilis?* Comme l'indique le qualificatif donné au contrat, elle consiste dans les paroles, qui s'échangent entre le créancier et le débiteur, ainsi que dans la manière dont cet échange se produit. Il faut d'abord l'emploi de paroles; la stipulation ne peut avoir lieu qu'oralement, et non par correspondance. Ensuite, ces paroles doivent émaner des deux parties : l'une interroge, *stipulatur;* l'autre répond, *promittit.* Primitivement, la teneur

de la demande et de la réponse était soumise à des formules sacramentelles; et l'emploi de la langue latine était seul admis. Ces exigences n'existent plus dans la législation de Justinien; il faut toujours une demande et une réponse; mais elles peuvent être conçues en tels termes, et en telle langue qu'il plaît aux parties d'employer. — Enfin, une troisième condition *sine quâ non*, c'est la présence des parties en personne. Pour l'acquisition de la possession, comme de la propriété et des autres droits réels, il est permis d'agir par mandataires, *per liberas personas;* il en est de même dans les conventions en général. Dans la *stipulatio*, la règle originaire a été conservée rigoureusement : la représentation par mandataire n'est pas admise; et il n'y a qu'un moyen pour le créancier d'échapper à la nécessité d'agir par lui-même, c'est de se faire remplacer par une personne soumise à sa puissance.

En résumé donc, la *causa civilis*, dans le contrat verbal ou *stipulatio*, comprend trois points :

1° Emploi de paroles;
2° Paroles contenant demande et réponse;
3° Présence des parties en personne.

D'après ce qui précède, les conditions requises pour la validité de la stipulation sont faciles à déduire. C'est une convention; par conséquent, elle doit réunir les conditions de toute convention. C'est un contrat verbal; donc elle doit être assortie des formalités qui constituent la *causa civilis* de ce contrat; le consentement ne peut se manifester efficacement que dans la forme et de la manière qui viennent d'être indiquées.

L'emploi et l'utilité de la stipulation s'énoncent également en deux mots : elle sert à donner force civilement

obligatoire aux conventions qui ne rentrent pas dans les autres catégories de contrats. Ces conventions ne seraient que des pactes; veut-on les élever à la hauteur de contrats? on recourt à la stipulation; l'obligation qui en résulte est une obligation civile, et le créancier a, pour en réclamer l'exécution, l'*actio ex stipulatu*. Ces règles n'offrent aucune difficulté; aussi nous n'allons pas y insister davantage; nous nous bornerons à exposer les deux applications les plus importantes qui en ont été faites, savoir : la *stipulatio pœnæ* et la *fidejussio*.

§ 154.

Stipulatio pœnæ.

La *stipulatio pœnæ*, ou clause pénale, est particulièrement usitée dans le but d'assurer l'exécution d'une convention, en déterminant d'avance les dommages et intérêts dont le débiteur sera tenu.

Elle offre avec les arrhes la plus grande analogie.

Ainsi, elle est une convention accessoire; et, comme telle, subordonnée à la validité d'une convention principale.

Ainsi encore, elle n'a d'application que dans le cas d'inexécution imputable au débiteur; et pareille stipulation est d'une grande utilité. Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler la théorie des dommages et intérêts, et toutes les difficultés que peut rencontrer le créancier, pour établir l'existence et l'importance du préjudice dont la réparation lui est due. Toutes ces difficultés sont levées par la *stipulatio pœnæ* : la peine est due par cela seul que la responsabilité du débiteur est engagée.

Enfin, la *stipulatio pœnæ* ressemble encore aux arrhes, en ce que le créancier n'est pas obligé de s'en tenir aux dommages et intérêts; il peut, en général, réclamer de préférence l'accomplissement de la prestation convenue; pourvu, bien entendu, que cet accomplissement soit possible. Mais il va de soi que le créancier ne serait pas fondé à demander, à la fois, la prestation et la peine; à moins cependant que celle-ci n'eût été stipulée pour le simple retard.

FIDÉJUSSION.

§ 155.

Notion et conditions requises.

La fidéjussion est un des modes d'intercession; et l'on appelle intercession, tout acte par lequel nous nous imposons une charge envers le créancier d'une autre personne. L'intercession, dans le sens technique, ne comprend donc pas toute intervention qui a lieu en faveur d'un tiers; mais seulement celle qui consiste à nous obliger ou à grever une chose qui nous appartient. Elle constitue une garantie : personnelle dans le premier cas, réelle dans le second; et elle est dite cumulative ou privative; cumulative, quand le tiers, pour lequel nous intercédons, est lui-même obligé; privative, quand notre intercession le libère ou l'empêche de devenir débiteur.

L'intercession cumulative qui forme une garantie personnelle, c'est le cautionnement. Pareille convention ne rentre évidemment ni dans les contrats consensuels, ni dans les contrats réels; il s'ensuit que, pour la rendre civilement efficace, la stipulation est le mode usuel et

direct à employer; et, dans cette application, la stipulation prend le nom spécial de fidéjussion, tiré des termes mêmes, dans lesquels étaient conçues la demande et la réponse : *fide jubes? fide jubeo.* D'après ce qui précède, la fidéjussion pourrait donc se définir : le contrat verbal, par lequel une personne s'oblige, accessoirement, à payer la dette d'autrui.

La fidéjussion étant un contrat verbal et accessoire, les conditions qu'exige sa validité appartiennent à trois ordres d'idées :

1° Elle doit réunir les conditions de toute convention, concernant la capacité, l'objet et le consentement. Mais pour la fidéjussion, le cercle des incapacités a été étendu : le sénatus-consulte velleien déclare la femme incapable de se porter fidéjusseur, et même de faire un acte quelconque d'intercession. Le motif de ce sénatus-consulte n'est pas sans analogie avec celui qui a amené la prohibition de la *lex commissoria*, en matière hypothécaire; et nous nous en sommes expliqués ci-dessus, au § 8; l'intercession émanant d'une femme serait censée avoir eu lieu sans connaissance de cause; par conséquent, elle serait nulle, et elle ne créerait pas même une obligation naturelle; de telle sorte que ce qui aurait été payé, par suite de cette intercession, serait susceptible d'être répété par la *condictio indebiti*.

2° Comme contrat verbal, la fidéjussion exige l'emploi de la stipulation, c'est-à-dire l'échange verbal d'une demande et d'une réponse entre le créancier et le fidéjusseur, présents en personne.

3° Comme contrat accessoire, la fidéjussion est d'abord subordonnée à l'existence d'une dette principale, soit civile, soit naturelle. Mais son caractère de dépendance

se trahit encore par un second point : l'engagement du fidéjusseur ne peut pas avoir un autre objet que l'obligation principale, ni être plus étendu. Rien n'empêche que le fidéjusseur s'oblige à moins que le débiteur principal, *in leviorem causam*. Il ne lui est pas défendu non plus de se lier d'une manière plus étroite, *arctiùs;* par exemple de cautionner une dette purement naturelle. Mais ce qui n'est pas possible, c'est que le fidéjusseur s'engage *in duriorem causam;* et cette prohibition est tellement rigoureuse, que si l'on y contrevient, la fidéjussion n'est pas simplement réduite au montant de l'obligation principale; elle est annulée pour le tout.

§ 156.

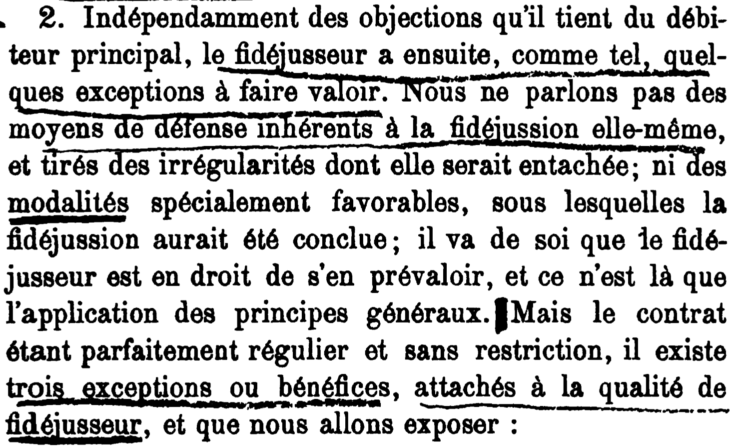
Effets.

La fidéjussion a son effet direct et nécessaire entre le créancier et le fidéjusseur; accidentellement, et par suite de l'exécution qu'elle reçoit, elle peut aussi avoir des conséquences entre le fidéjusseur et le débiteur principal. Nous allons nous placer successivement à ce double point de vue.

A. Entre le créancier et le fidéjusseur, la fidéjussion crée une obligation; et pour demander payement, le créancier a l'*actio ex stipulatu*. Mais le fidéjusseur poursuivi pourra recourir à divers moyens de défense, dont les uns lui sont propres; les autres lui sont communs avec le débiteur principal.

1. En général, le fidéjusseur est fondé à se prévaloir de tous les moyens qui appartiennent au débiteur principal. Il peut donc invoquer toutes les causes de nullité

de la dette principale, toutes les circonstances qui seraient de nature à éteindre cette dette, ainsi que toutes les exceptions proprement dites, telles que l'*exceptio doli* et l'*exceptio metus*, qui compéteraient au débiteur principal. Cette règle est la conséquence du caractère accessoire de la fidéjussion; elle ne souffre d'atteinte que lorsqu'il s'agit d'un avantage qui se trouve réservé au débiteur principal, soit par l'esprit de la loi qui l'a établi, soit en vertu d'une convention explicite ou implicite. C'est ainsi que le *beneficium competentiæ*, se fondant uniquement sur des considérations éminemment personnelles, n'est pas donné au fidéjusseur, du chef du débiteur principal. C'est ainsi encore que la convention, qui accorde une faveur au débiteur exclusivement, ne profitera pas au fidéjusseur; et que celui-ci ne pourra pas non plus invoquer les moyens, tels que celui du sénatus-consulte macédonien, quand, dans la commune intention des parties, la fidéjussion a précisément pour but de garantir le créancier contre ces moyens.



2. Indépendamment des objections qu'il tient du débiteur principal, le fidéjusseur a ensuite, comme tel, quelques exceptions à faire valoir. Nous ne parlons pas des moyens de défense inhérents à la fidéjussion elle-même, et tirés des irrégularités dont elle serait entachée; ni des modalités spécialement favorables, sous lesquelles la fidéjussion aurait été conclue; il va de soi que le fidéjusseur est en droit de s'en prévaloir, et ce n'est là que l'application des principes généraux. Mais le contrat étant parfaitement régulier et sans restriction, il existe trois exceptions ou bénéfices, attachés à la qualité de fidéjusseur, et que nous allons exposer :

a. *Beneficium excussionis* ou *ordinis*. Par là, le fidé-

jusseur renvoie le créancier au débiteur principal, pour qu'il le discute; et ce n'est que pour autant que le créancier ne parvienne pas, par cette *excussio*, à obtenir payement, qu'il est autorisé à s'en prendre au fidéjusseur. L'engagement de ce dernier est ainsi rendu purement subsidiaire; et le motif en est aisé à comprendre : c'est que la dette devant, en dernière analyse, être supportée par le débiteur principal, il est plus simple et plus naturel que le créancier s'adresse d'abord à ce dernier; d'autant plus qu'après avoir payé, le fidéjusseur aurait un recours contre le débiteur, ce qui nécessiterait deux actions au lieu d'une.

b. *Beneficium divisionis*. Ce bénéfice a lieu lorsqu'il y a plusieurs cofidéjusseurs. Ils sont de plein droit solidairement responsables; et, par conséquent, chacun est exposé à être actionné pour le tout; mais alors il peut demander la division; de sorte qu'il n'ait à payer que sa part. La division s'opère entre les cofidéjusseurs qui sont solvables; et, par suite de ce bénéfice, la solidarité n'a guère d'autre portée que de mettre l'insolvabilité des fidéjusseurs à la charge de ceux qui sont solvables; encore n'en est-il ainsi que de l'insolvabilité qui existe au jour de la *litis contestatio;* celle qui surviendrait plus tard retomberait sur le créancier

c. *Beneficium cedendarum actionum*. L'unique but de ce bénéfice est d'assurer le recours accordé au fidéjusseur qui s'est exécuté. En général, nous le verrons tout à l'heure, le fidéjusseur, après avoir payé, est en droit de se faire indemniser, et il a une action contre le débiteur principal pour exercer ce droit. Le *beneficium cedendarum actionum* confère un avantage de plus; il fait obtenir au fidéjusseur les actions qui appartenaient au créancier,

ainsi que les garanties, soit personnelles, soit réelles qui assuraient le payement de la dette principale. L'obligation du créancier, à cet égard, est même tellement essentielle, que s'il avait rendu cette cession impossible, il serait déchu des droits qu'il avait contre le fidéjusseur.

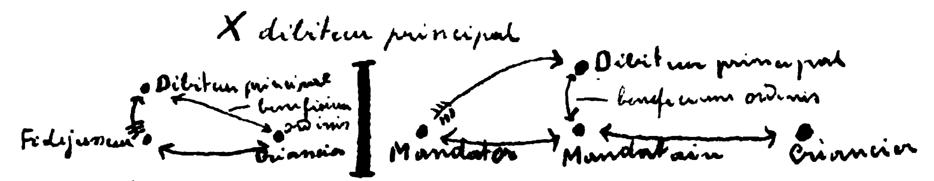
Entre le fidéjusseur et le débiteur principal, l'obligation qui peut se produire n'est point un effet de la fidéjussion, mais la suite de l'exécution qui y est donnée. Le fidéjusseur qui paye devient le créancier du débiteur principal; c'est la dette de ce dernier qui a été soldée; c'est par lui qu'en définitive elle doit être supportée. Il suit de là que le fidéjusseur a un recours contre le débiteur principal; à moins toutefois qu'il n'y ait renoncé expressément ou virtuellement : par exemple si la fidéjussion a eu lieu *donandi animo*.

Quant à la manière dont ce recours sera exercé, elle varie suivant les circonstances. Le fidéjusseur a-t-il usé du *beneficium cedendarum actionum*; il aura toutes les actions qui appartenaient au créancier. N'a-t-il pas usé de ce bénéfice; il faudra rechercher la relation juridique qui lie le fidéjusseur au débiteur principal. Si la fidéjussion a été conclue à la demande du débiteur principal, ou même seulement à sa connaissance, et sans opposition de sa part, cette relation est un véritable mandat : exprès dans le premier cas, tacite dans le second; le fidéjusseur aura l'*actio mandati contraria*. Et ce qui est vrai de la fidéjussion est également vrai du payement lui-même; si le débiteur a prié le fidéjusseur de l'effectuer, ou s'il l'a seulement laissé effectuer, c'est encore un mandat qui s'est établi entre eux, et l'*actio mandati contraria* sera ouverte. Enfin, si la fidéjussion et le payement ont eu lieu sans demande du débiteur principal, et même à

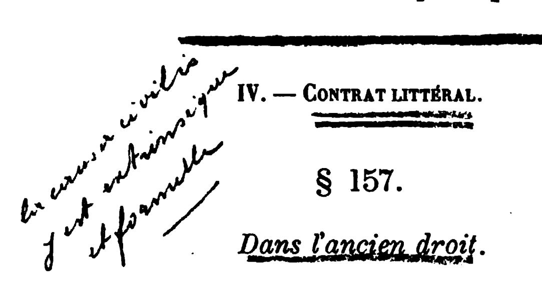
son insu, une obligation en résultera *quasi ex contractu* en faveur du fidéjusseur; il aura fait un acte de gestion utile pour le débiteur principal, *negotiorum gestio;* il aura l'*actio negotiorum gestorum contraria*.

Il reste maintenant à comparer la fidéjussion avec le mandat qualifié. La fidéjussion est le mode direct et usuel de garantir, personnellement, la dette d'autrui; on arrive au même résultat par deux modes indirects : le mandat qualifié et le *constitutum debiti alieni*. Nous avons déjà vu en quoi consiste le premier; nous traiterons bientôt du second, et nous le rapprocherons alors de la fidéjussion; pour le moment, nous nous bornons à ce travail de comparaison avec le mandat qualifié.

Le mandat qualifié ressemble à la fidéjussion en ce qu'il constitue aussi un contrat accessoire; que la solidarité existe de plein droit entre *mandatores;* et que le *mandator* a les mêmes bénéfices que le fidéjusseur. Mais le mandat est un contrat consensuel; et, à ce titre, il échappe aux formalités qu'exige la fidéjussion, comme contrat verbal; c'est même là le motif, pour lequel ce mode détourné a été imaginé. D'un autre côté, parce que ce genre de cautionnement revêt la forme du mandat, il n'établit pas identiquement la même situation juridique que la fidéjussion; particulièrement, bien que le caractère accessoire de l'engagement se rencontre chez les deux, il est cependant beaucoup moins accentué dans le mandat qualifié; et de là résultent plusieurs différences, dont je cite seulement la plus importante. Elle consiste en ce que l'incapacité du débiteur principal peut être invoquée par le fidéjusseur, non par le *mandator;* car, à ce dernier, ce sont les règles du mandat qui sont appliquées; et, par conséquent, l'*actio mandati contraria* est donnée au man-



dataire, par cela seul qu'il a suivi les instructions du mandant; alors même que celui, avec qui il aurait traité sur l'ordre du mandant, ne serait pas capable de s'obliger.



IV. — Contrat littéral.

§ 157.

Dans l'ancien droit.

Le contrat littéral est celui dont la *causa civilis* résidait dans l'écriture, *litteræ*. La *causa civilis* y était purement formelle, comme dans la stipulation; mais au lieu d'un échange de paroles, c'est une certaine écriture qui donnait la perfection au contrat.

En quoi consistait-elle? Ce n'était pas, comme il semblerait à première vue, toute écriture, quelle qu'elle fût; pour former *causa civilis*, il fallait qu'elle fût fixée dans les registres domestiques; et, de plus, qu'elle constituât une espèce assez extraordinaire, appelée *transcriptio*. L'écriture devait donc :

1° Figurer dans les registres domestiques. Tout bon père de famille avait l'habitude de tenir des livres, où il notait ses opérations d'argent, c'est-à-dire tout encaissement, *acceptum*, et tout décaissement, *expensum*. Il avait, pour cela, deux livres ou registres : l'un, *adversaria*, sorte de brouillon où toutes les opérations d'argent étaient inscrites au fur et à mesure qu'elles se présentaient; l'autre, *codex accepti et expensi*, livre au net, où l'on reportait au bout d'un certain temps (d'ordinaire, à la fin de chaque mois) les mentions de l'*adversaria;* mais en les

séparant, et mettant l'*acceptum* d'un côté, l'*expensum* de l'autre. C'est de ce *codex accepti et expensi* que pouvait résulter l'ancien contrat littéral.

2° Consister dans l'espèce particulière d'écriture, nommée *transcriptio;* ce qui a fait nommer les obligations, ainsi créées, *nomina transcriptitia* et qu'entendait-on par *transcriptio?* La constatation par écrit, dans le *codex*, de l'opération juridique qualifiée novation. Comme nous le verrons ci-après, la novation est la convention qui éteint une obligation par la création d'une obligation nouvelle; et elle peut avoir lieu, entre autres manières, en changeant soit la personne du débiteur, soit le titre ou la cause de l'obligation. Ce sont ces deux espèces de novations qui, insérées dans le *codex accepti et expensi*, formaient les deux espèces de *transcriptio :* la première, *à persona in personam;* la seconde, *à re in personam;* et tel était l'ancien contrat littéral.

Mais l'écriture n'était que la *causa civilis*. Indépendamment de ces formalités, il fallait donc nécessairement une convention, réunissant toutes les conditions requises par la loi, et qui ne trouvait dans la *transcriptio* que l'élément indispensable pour la transformer en contrat.

§ 158.

Dans le droit nouveau.

Les *nomina transcriptitia* n'ont pas survécu au droit ancien; il n'en est plus question dans la législation de Justinien. On y parle encore d'une *obligation littérale;* mais l'institution ainsi nommée diffère essentiellement de celle qui vient d'être analysée. Ce n'est plus un *contrat*

littéral, c'est-à-dire, une *convention* érigée en contrat au moyen d'écrits, *litteris*; c'est une *obligation* littérale, c'est-à-dire un lien de droit entre créancier et débiteur; lien de droit résultant d'un écrit, et pouvant exister, même en l'absence d'une convention.

Cette institution assez étrange a son origine dans un moyen de défense, applicable au prêt d'argent, et connu sous le nom d'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. Pour la faire comprendre, il importe de rappeler deux principes fondamentaux en matière de preuve, savoir :

1. Qu'un écrit, émané d'une personne, prouve contre elle la réalité des faits qu'il constate;

2. Que la personne, à laquelle on oppose cet écrit, est cependant admise à prouver qu'il est faux ou inexact.

Ces deux principes, qui ne sont en définitive que des vérités de sens commun, ont subi, dans le prêt d'argent, une atteinte dont il est assez difficile de se rendre compte; il y a été dérogé, ou plutôt ils ont été renversés; et c'est précisément de là qu'est née l'obligation littérale du droit nouveau. Il arrive parfois que, les parties étant tombées d'accord sur la conclusion d'un emprunt, l'écrit destiné à le constater est remis avant la dation des espèces; il paraît qu'à Rome les choses se passaient d'ordinaire de cette façon; c'était un usage. Partant de là, on se refusa à voir, dans la seule détention de l'écrit, la preuve de la dation des espèces; et, en cas de dénégation, le demandeur fut tenu de prouver, autrement que par l'écrit émané du défendeur. Cette dénégation porte le nom technique d'*exceptio non numeratæ pecuniæ*.

Mais l'exception n'était opposable que pendant un certain temps; et, comme le demandeur aurait pu attendre, pour agir, l'expiration de ce temps, on autorisa l'auteur

de l'écrit à le répéter par la *condictio sine causa;* ou même à protester par écrit, soit entre les mains du détenteur, soit auprès de l'autorité compétente; protestation qui s'appelait *querela non numeratæ pecuniæ.* Le délai, endéans lequel ces divers moyens devaient être employés, à peine de déchéance, était originairement de cinq ans; il a été réduit à deux ans par Justinien. Passé ce délai, l'écrit reprenait sa force probante; bien plus, et c'est ici qu'apparaît l'obligation littérale, cette force probante acquérait un caractère absolu; au point que la preuve contraire n'était pas admissible. De telle sorte qu'au bout de deux ans, l'acte écrit démontrait le prêt d'argent, et obligeait l'auteur du dit acte; alors même que le prêt n'aurait pas eu lieu. C'est ce qui explique pourquoi l'obligation est nommée littérale; c'est aussi pour le même motif que, dans le droit nouveau, il n'y a plus de contrat littéral proprement dit; les contrats ne sont, à vrai dire, qu'au nombre de trois : consensuel, réel et verbal. Mais si l'on proclamait cette vérité, il en résultait une lacune dans la nomenclature ancienne; cette lacune répugnait aux tendances conservatrices des commentateurs, et ils la comblèrent en s'emparant de l'anomalie juridique qui vient d'être exposée.

CHAPITRE II.

DES PACTES.

I. — Pactes confirmés.

§ 159.

1. *Pacta adjecta*.

Parmi les pactes confirmés, la catégorie qui se présente la première dans l'ordre chronologique est celle des *pacta adjecta*. On entend par là, les pactes qui ont été ajoutés à un contrat de bonne foi; comme ils sont, à tout prendre, une condition du consentement, il était naturel de leur attribuer la même efficacité qu'au contrat. C'est ce que fit la jurisprudence; et son œuvre ne fut pas bien difficile. Il n'y avait aucune action à créer; considérant le pacte comme une des clauses du contrat même, on accorda pour en poursuivre les effets, l'action destinée à toutes les autres clauses, c'est-à-dire l'action résultant du contrat.

Mais pour qu'il en soit ainsi, pour qu'une convention réunissant, comme telle, les conditions requises par la loi, acquière l'efficacité civile, à titre de *pactum adjectum,* il faudra :

1° Que le contrat, auquel le pacte est ajouté, soit un contrat de bonne foi. C'est le propre du *negotium stricti juris* d'avoir un objet invariablement déterminé, et le pacte viendrait altérer ce caractère.

Rappelons que c'est là le motif pour lequel, dans le prêt d'argent, un simple pacte n'aurait pas obligé, civilement, l'emprunteur à payer des intértês; la stipulation ou contrat verbal aurait été nécessaire à cette fin; et c'est pour échapper aux formalités de la stipulation, que le dépôt irrégulier a été imaginé.

2° Que le pacte ait été ajouté *incontinenti*, immédiatement, au moment même où le contrat se parfait. Moyennant cela, il peut être considéré comme une clause à laquelle est subordonné le consentement donné au contrat; et, à peine de le scinder arbitrairement, il est impossible de ne pas attribuer au pacte la même force qu'aux autres clauses du contrat. Mais si, après que tout a été définitivement réglé, les parties se rapprochent, et parviennent encore à un arrangement, c'est une nouvelle convention qui intervient; et quel que soit le rapport qui existe entre elle et le contrat antérieur, elle ne fait plus partie intégrante de ce dernier; d'où il suit qu'elle ne pourra puiser qu'en elle-même sa valeur juridique.

Inutile d'ajouter que le pacte peut bien modifier les conséquences naturelles du contrat, mais non porter atteinte à ses éléments essentiels. Il est évident en effet qu'un *essentiale* disparaissant, le contrat n'existe plus; et que, dès lors, il n'est plus question de pacte, rendu efficace par un contrat, qu'il aurait lui-même mis à néant.

Quant aux effets des *pacta adjecta*, ils ne présentent aucune particularité. Ces effets sont, comme dans toute convention, ceux qui ont été dans la commune intention des parties; et, pour les faire valoir, le créancier a l'action du contrat, auquel le pacte a été ajouté.

Les *pacta adjecta* peuvent se présenter dans tous les

contrats de bonne foi ; et, quels qu'ils soient, les règles générales qui précèdent suffisent à déterminer leurs conditions de validité, ainsi que leurs effets. Aussi je ne vais pas rechercher toutes les espèces imaginables de *pacta adjecta;* ce travail n'aurait aucune utilité. Je me borne à en citer quelques-uns, des plus connus. Ils se rencontrent surtout dans la vente. Ce sont :

1. Le pacte de réméré, par lequel le vendeur se réserve le droit de racheter la chose vendue, soit au même prix, soit à un autre prix, supérieur ou inférieur.

2. Le *pactum protimeseos*. C'est celui qui, dans l'hypothèse où l'acheteur voudrait vendre la chose, assure au vendeur la préférence sur tout autre amateur, pourvu qu'il offre les mêmes conditions.

Nous avons vu que cette préférence est accordée par la loi au propriétaire, dans le cas où l'emphytéote veut vendre son droit.

3. Le *pactum commissorium*, par lequel on convient que la partie, qui n'exécute pas ses obligations, sera déchue des droits qu'elle tient du contrat.

Rappelons que cette clause est prohibée en matière de gage et d'hypothèque; et qu'elle est inutile dans les contrats innommés, puisque le créancier y a, naturellement, le choix entre l'*actio præscriptis verbis* et la *condictio causa data, causa non secuta.*

4. L'*in diem additio*. On appelle ainsi le pacte par lequel le vendeur retient, jusqu'à une époque déterminée, *in diem*, le droit de vendre la chose à toute personne qui offrirait des conditions meilleures.

Ce pacte doit être signalé; car, contrairement à ce qui se passe dans les autres; contrairement au principe de l'irrévocabilité de la propriété, le vendeur peut s'en pré-

valoir, le cas échéant, contre quiconque détient la chose vendue. L'éventualité prévue se réalisant, l'acheteur est censé n'avoir jamais été propriétaire; et, par suite, les aliénations, soit totales, soit partielles, qui émanent de lui sont mises à néant. C'est ce qui a fait dire que le pacte agit *in rem* ou *ex tunc*.

§ 160.

2. *Pactes prétoriens*.

Parmi les pactes qui ont été munis d'une action par le préteur, les deux principaux sont le pacte d'hypothèque et le constitut. Nous avons vu, au titre V du livre premier, ce qui concerne le pacte ou la convention d'hypothèque.

Le constitut est le pacte dans lequel on reconnaît une dette préexistante; d'ordinaire, avec fixation d'un jour pour l'accomplissement de la prestation qui en est l'objet. Le caractère sérieux de pareille convention ayant paru incontestable, à raison même de l'obligation antérieure qu'elle implique, le prêteur a donné au créancier une action, *actio de constituta pecunia* ou *actio constitutoria*.

Que faudra-t-il donc pour qu'il y ait lieu à cette action? Indépendamment des conditions requises pour la validité de toute convention, il faudra la réunion des deux points suivants :

1° Une dette préexistante. Il importe peu qu'elle soit civile ou naturelle; qu'elle provienne d'un contrat, d'un délit ou de toute autre cause; il n'est même pas nécessaire qu'elle incombe au constituant; elle peut, aussi bien, être la dette d'une autre personne. Dans ce dernier cas,

le constitut s'appelle *constitutum debiti alieni*, et forme un véritable cautionnement.

2° Une reconnaissance formelle de cette dette, avec engagement d'effectuer, au jour convenu, la prestation due. La nouvelle promesse a, pour base ou pour cause, l'obligation antérieure; aussi elle ne peut pas comprendre davantage; sinon, elle sera réduite au taux de cette obligation.

Quant aux avantages attachés au constitut, ils varient suivant le caractère de la dette reconnue.

a) Le constitut d'une dette civile n'a guère pour effet que d'interrompre la prescription; le constitut contient une reconnaissance formelle de la dette; et, par conséquent, en vertu des principes généraux, il est interruptif de la prescription.

b) Le constitut d'une obligation naturelle transforme celle-ci en obligation civile.

Le *constitutum debiti alieni* est un véritable cautionnement. La forme usuelle du cautionnement est la fidéjussion; et, à côté de la fidéjussion, nous avons signalé deux modes détournés, qui ont également pour but de garantir, personnellement, la dette d'autrui : le mandat qualifié et le constitut. Nous avons comparé la fidéjussion au mandat qualifié; il nous reste à faire la même comparaison avec le *constitutum debiti alieni*. Le constitut ressemble à la fidéjussion, en ce que, de part et d'autre, il y a intercession cumulative et garantie personnelle; que la solidarité y existe de droit, ainsi que les *beneficia excussionis, divisionis,* et *cedendarum actionum.* Mais il en diffère aussi sous plusieurs rapports : d'abord, au point de vue de la forme : dans le constitut, la volonté des parties peut se manifester de toute manière; tandis que la fidéjussion est soumise aux formalités de la stipulation.

Puis, le constitut est traité moins rigoureusement que la fidéjussion, relativement à son caractère accessoire; à la vérité, tous deux exigent l'existence d'une dette principale, et ni l'un ni l'autre ne peuvent aller au delà de cette dette; mais la sanction de la règle n'est pas la même dans les deux cas : car la *fidejussio durior* est nulle pour le tout, tandis que le constitut est seulement réduit. Enfin le constitut, contenant une reconnaissance formelle, interrompt la prescription; d'où il suit que le moyen de prescription pourrait compéter au débiteur principal et échapper au constituant; ce qui ne se produit pas dans la fidéjussion.

3. *Des pactes légitimes; et, spécialement, des donations.*

§ 161.

Introduction historique.

Les pactes légitimes sont ceux qui ont été confirmés par une constitution impériale. Ils sont deux : le pacte dotal et la donation.

Le pacte dotal a été rendu civilement obligatoire par une constitution de Théodose II; et c'est encore là une faveur à ajouter à toutes celles qui ont été prodiguées à l'institution du mariage. Les développements de cette matière rentrent dans l'étude du droit de famille.

Donation. L'histoire de la législation offre ici un contraste remarquable entre le droit ancien et le droit nouveau.

A l'origine, la loi est, au plus haut degré, antipa-

thique aux donations; à tel point que non seulement la promesse, par simple pacte, ne crée point d'obligation civile (jusque-là nous n'avons rien que de conforme à la théorie générale des contrats et des pactes); mais qu'alors même qu'on a eu recours aux formes prescrites par le *jus civile,* des moyens sont accordés à l'auteur de la libéralité pour enlever à celle-ci toute efficacité.

La loi la plus importante, qui a été édictée dans cet esprit, est la *lex Cincia de donis et muneribus,* du VIe siècle de Rome. Elle fixait un *maximum,* mais ne prononçait pas la nullité de la donation qui excédait ce *maximum;* c'était donc une *lex imperfecta*. Seulement, bien qu'une sanction expresse fît défaut, le donateur avait cependant les moyens de se soustraire aux effets de la donation, savoir : une exception pour répondre à la demande d'exécution; une action, pour revenir sur l'exécution qui aurait eu lieu; de telle sorte que, grâce à la loi *Cincia*, et aux développements qu'elle avait reçus dans la jurisprudence, la libéralité pouvait ainsi être rendue entièrement inefficace.

Sous l'empire, nous trouvons une disposition qui mérite d'être citée. L'usage s'était introduit de rédiger par écrit les donations, et même d'en opérer la transcription dans des registres publics, *insinuatio*. Constance Chlore érige en loi cet usage.

Enfin, Justinien rompt complètement avec le passé : les idées étroites qui avaient inspiré la loi *Cincia* sont abandonnées, pour faire place aux dispositions les plus favorables. C'est un revirement radical. D'abord, on supprime ce qui a rapport au *maximum* de la loi *Cincia;* et toute donation, faite dans la forme requise par la loi, produit ses effets conformément à la volonté qui y a pré-

sidé. Mais il y a plus : la promesse de libéralité, même par simple pacte, est civilement obligatoire; une action est accordée au donataire pour en poursuivre l'exécution; ce qui fait que la donation figure parmi les pactes confirmés. Un seul souvenir de l'ancienne législation a été conservé dans le droit nouveau : c'est la formalité de l'enregistrement, *insinuatio;* laquelle est prescrite pour toute donation excédant la somme de 500 solides ou écus d'or.

§ 162.

Notion, et conditions de validité.

La donation est un acte, par lequel l'une des parties se dépouille, volontairement, en vue d'enrichir l'autre partie.

D'après cette définition, la donation exige, comme éléments caractéristiques :

1° Que le donateur agisse volontairement, librement, *nullo jure cogente*. Celui qui paye une dette, fût-ce même une dette purement naturelle, ne fait pas une donation.

2° Que le donateur se dépouille, c'est-à-dire diminue juridiquement son patrimoine. Tout acte gratuit n'est donc pas une donation. Ainsi le commodat, le dépôt, le mandat créent des avantages qui ne donnent pas lieu à rémunération, mais qui ne diminuent pas le patrimoine de celui dont ils émanent; et, par conséquent, ces contrats ne constituent pas des donations. Toutefois il n'est pas nécessaire que l'objet de la donation sorte à l'instant même, matériellement, des mains du donateur; il suffit qu'il en doive sortir, qu'il y ait, à cet égard, lien ou nécessité juri-

dique; d'où il suit que la donation peut être faite à terme, sous condition, avec réserve d'usufruit, etc.

3° Que l'intention, qui préside à l'acte, soit d'enrichir le donataire, *causa lucrativa*. Il n'y aura pas donation si, par négligence, je vous laisse usucaper mon bien; de même, lorsqu'une vente est pour vous une source de bénéfices; soit parce que je me suis trompé sur la valeur actuelle de la chose, soit parce que cette valeur vient à hausser.

Les trois éléments qui précèdent étant réunis, l'acte est qualifié donation; et lorsqu'il a lieu sous forme de convention, les conditions exigées pour sa validité sont d'abord celles qui s'appliquent à toute convention, relativement à la capacité, à l'objet et au consentement. Mais en ce qui concerne la capacité, la loi ajoute encore aux règles générales, et crée les deux incapacités spéciales que voici :

1. D'abord, elle se montre plus exigeante pour les donations qu'elle considère comme les plus importantes, c'est-à-dire celles qui ont pour objet des immeubles ; il ne suffit pas d'être pubère, il faut être majeur ; le mineur est incapable de faire une donation immobilière.

2. Puis, elle prohibe les donations entre époux, pour empêcher que l'un d'eux ne spécule sur l'affection qu'il inspire à l'autre.

Quant au consentement, il peut se manifester n'importe de quelle manière; sauf cependant que les donations qui dépassent 500 solides ou écus d'or, doivent être enregistrées; à peine de nullité, pour tout ce qui excède les 500 solides.

§ 163.

Effets.

La donation a été, jusqu'ici, considérée surtout comme consistant dans la promesse d'un avantage futur; mais elle peut consister aussi à conférer un avantage actuel; et cet avantage se rapporte soit à un droit réel, soit à une obligation; de sorte que la donation est susceptible d'une foule de variétés. On a ramené ces variétés à trois groupes: et l'on a dit que la donation a lieu *dando, liberando,* ou *promittendo.*

La donation, qui a lieu *dando*, consiste dans le transfert de la propriété, ou dans l'établissement d'un *jus in re;* on y a compris, aussi, celle qui a pour objet une créance, *nomen*. Les développements, qui concernent ces matières, se trouvent, pour les droits réels, au livre premier; et, pour les créances, au chapitre *De la cession.*

La donation, qui a lieu *liberando*, libère le donataire d'une dette qui lui incombait. Elle est plus ou moins efficace, selon qu'on a procédé par *acceptilatio* ou par simple pacte; ainsi qu'il sera expliqué au titre troisième.

La donation, qui a lieu *promittendo*, établit une obligation à charge du donateur; obligation civile, alors même qu'on n'aurait eu recours qu'à un simple pacte. Mais, comme nous l'avons déjà signalé, le donateur jouit du *beneficium competentiæ.*

Rappelons aussi que, de quelque façon qu'elle ait été faite, le donateur n'est responsable que de la faute lourde; et qu'il n'est tenu à la garantie, ni du chef d'éviction, ni à raison des vices ou défauts de la chose.

Dans tous les cas également, la donation est, en

principe, irrévocable, comme les autres conventions; mais il existe deux exceptions à ce principe; il y a révocation :

Révocation

1. Pour cause de survenance d'enfant, dans les donations d'un patron à son affranchi. Si le patron était sans enfant quand il a donné, et si plus tard, il lui en survient, la donation est révoquée.

2. Pour cause d'ingratitude du donataire, dans toutes les donations en général. Pour que l'ingratitude entraîne la révocation, il faut que le donataire ait attenté à la vie du donateur, l'ait injurié gravement, lui ait fait perdre une partie considérable de son patrimoine, ou refuse de remplir les charges qui grèvent la donation. — condict.: causa data causa non secuta

Telles sont les diverses règles auxquelles sont soumis les effets des donations. Ces règles, jointes à celles qui ont été développées, au paragraphe qui précède, sur les conditions de validité, font apercevoir aisément les différences qui existent entre la donation et les contrats à titre onéreux, notamment la vente, la société; et permettent, en même temps, d'apprécier combien il importe de constater qu'une convention constitue réellement, soit une donation, soit une vente, soit une société.

Il ne reste plus maintenant, pour terminer, qu'à ajouter quelques observations relativement à deux espèces particulières : la *donatio omnium bonorum,* et la *donatio sub modo.*

A La *donatio omnium bonorum* est celle dans laquelle le donateur se dépouille de tout ce qui lui appartient actuellement. Remarquons d'abord que cette donation ne peut pas comprendre les biens à venir; ensuite qu'elle ne constitue pas une *successio per universitatem,* par le motif qu'elle n'a pas pour objet la personnalité juridique du do-

nateur. Il suit de là, que les créances et les dettes du donateur continuent à reposer sur la tête de ce dernier. A la vérité, en vertu de la volonté qui a dicté la donation, les créances, comme le reste de l'actif, doivent profiter au donataire ; et il est autorisé à poursuivre le recouvrement des créances ; mais il n'a qualité pour agir ainsi, qu'à titre de cessionnaire, *quasi ex jure cesso*. De même, et pour la même raison, c'est lui qui, en dernière analyse, supportera le passif, *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno* ; mais les créanciers n'ont pas d'action contre lui ; leur droit reste entier contre le donateur, sauf le recours de ce dernier contre le donataire. De telle sorte qu'il est vrai de dire que le donataire n'est devenu ni créancier ni débiteur, au lieu et place du donateur.

La *donatio sub modo* est celle qui impose certaines charges au donataire ; charges qui laissent à l'acte son caractère de libéralité ; du moment, bien entendu, qu'elles ne sont pas assez importantes pour être considérées comme l'équivalent de l'objet donné. La situation du donataire, relativement aux charges qu'il a assumées, est celle de tout débiteur dans un contrat innommé : il est tenu, non seulement parce qu'il s'est engagé, mais encore parce qu'il a reçu la prestation qui motive son engagement. Il est, par conséquent, sous le coup des deux actions que la loi a créées pour les contrats innommés, et entre lesquelles le créancier a le choix, savoir :

L'*actio prœscriptis verbis*, pour réclamer l'accomplissement du *modus* ;

La *condictio causa data, causa non secuta*, pour demander la révocation de la donation.

En général, la révocation n'opère que contre le donataire ; mais il est un cas spécial, où elle peut être invo-

quée contre quiconque détient la chose donnée : c'est le cas où le *modus* consiste à fournir des aliments au donateur. Alors, contrairement aux principes, le droit de propriété est censé n'avoir jamais résidé dans le chef du donataire; en conséquence, les aliénations qui émanent de lui sont non avenues, et le donateur est admis à agir, comme s'il n'avait jamais cessé d'être propriétaire.

Rappelons aussi que, par dérogation à la règle *res inter alios acta, etc.*, le *modus* peut être imposé en faveur d'un tiers; celui-ci est alors créancier en son propre nom; et, pour exiger l'exécution du *modus*, il a, *utiliter*, l'*actio præscriptis verbis*.

§ 164.

II. — Simples pactes, *pacta nuda*.

On appelle ainsi tous les pactes qui n'ont pas été confirmés; nous l'avons déjà dit. Nous avons déjà dit aussi, et il n'est peut-être pas inutile de le répéter, que ces pactes ne sont pas dénués de toute efficacité; du moment, bien entendu, qu'ils réunissent tous les éléments requis pour la validité des conventions, ils produisent une obligation; mais cette obligation n'est que naturelle.

SECTION DEUXIÈME.

Des délits.

§ 165.

Notions générales.

Voici, après les conventions, une nouvelle source d'obligations. Ce n'est plus l'entente établie entre le créancier et le débiteur, qui crée le lien obligatoire; c'est un fait unilatéral; fait illicite, et qui a porté préjudice à autrui. Mais il arrive que les actes illicites ne se bornent pas à léser l'individu dans ses intérêts privés; il en est qui s'élèvent plus haut, et viennent s'attaquer à l'ordre social lui-même. Il a été admis, de tout temps, que ces actes imposent à leur auteur quelque chose de plus que la réparation du préjudice causé à l'individu; ils renferment une double atteinte :

1. A l'individu qui en a été victime;
2. A l'ordre social, c'est-à-dire au droit de la société tout entière, prise dans son ensemble. La réparation du préjudice privé répond à la première de ces atteintes; la seconde exige aussi sa réparation ou son expiation. Cette expiation, c'est la peine infligée au coupable; et ce sont les actes illicites, frappés d'une peine (ou plutôt certains d'entre eux) qui constituent les délits.

Seulement, sous le rapport de la peine, la loi romaine divise les délits en publics et privés. Ainsi que nous venons de le voir, le propre du délit est de troubler

l'ordre social; et, par suite, la société est intéressée à ce qu'il soit réprimé; mais elle ne l'est pas toujours au même degré. Parfois la société a seule intérêt à la répression; ou tout au moins, son intérêt domine celui du particulier lésé; alors la recherche et la poursuite du coupable sont confiés à l'autorité publique; et les délits se nomment, publics, *crimina publica.* Parfois aussi l'intérêt privé a paru l'emporter sur l'intérêt social; dans ce cas, on a laissé à l'individu le soin de poursuivre l'auteur de l'infraction; c'est à la victime qu'appartient l'action répressive; la peine consiste dans une amende; et c'est à la victime que l'amende est attribuée; le délit s'appelle privé, *delictum privatum.*

Les délits privés (les seuls qui rentrent dans notre cadre) sont au nombre de quatre : le vol, la rapine, le *damnum injuria datum*, et les injures. A la rigueur, on pourrait même les réduire à trois; car la rapine ne forme, en réalité, qu'une variété du vol; et nous la traiterons comme telle.

En général, le délit oblige son auteur :

1. A réparer le préjudice causé;
2. A payer la peine infligée par la loi.

Ces deux obligations existent au profit du particulier qui a été victime du délit; et pour les faire valoir, celui-ci a : tantôt deux actions distinctes, qui sont nommées : l'une, *rei persecutoria;* l'autre, *pœnalis;* tantôt une seule, qui réunit les deux éléments, et qui, pour cette raison, a reçu le nom d'*actio mixta.*

Delits publics : crimina publica

delictum privatum

Donc 2 obligations.

§ 166.

1. *Du vol*, furtum.

Le vol est la soustraction frauduleuse d'une chose, dans le but d'en tirer profit, *contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi causâ.*

D'après cette définition, le vol implique la réunion des conditions suivantes :

1° *Contrectatio*, soustraction ou détournement. Il s'ensuit que les immeubles ne sont pas susceptibles de vol.

2° *Rei*. Le vol n'est possible qu'à l'égard des choses mobilières; mais le délit peut porter :

a) Soit sur la chose même; il s'appelle alors *furtum rei ipsius;*

b) Soit sur l'usage de la chose, *furtum usus;* ce qui a lieu quand le détenteur use d'une chose sans en avoir le droit; par exemple, le dépositaire;

c) Soit sur la possession, *furtum possessionis;* c'est le vol commis par le propriétaire au préjudice du créancier gagiste, et qui lui enlève la possession.

3° *Fraudulosa*, c'est-à-dire que la soustraction s'opère : d'abord, contre la volonté de celui qui en est victime; ensuite, avec une intention coupable, *dolo malo*. De là, cette conséquence qu'il n'y a pas de vol dans la soustraction commise par une personne qui n'a point de volonté, ou par celui qui croit être en droit d'agir comme il le fait.

4° *Lucri faciendi causâ*, dans le but de tirer un profit de la soustraction, soit en usant de la chose, soit en la vendant, ou la donnant en location, etc.

L'actio furti passe aux héritiers activement mais non passivement.

Le vol donne lieu à deux actions : la *condictio furtiva* et l'*actio furti*. 2 actions

La *condictio furtiva* a pour objet la réparation du dommage causé par le délit. Elle est donnée : dans le *furtum possessionis*, au créancier gagiste ; dans le *furtum usus*, à celui dont le voleur tient la chose ; dans le *furtum rei ipsius*, au propriétaire et à lui seul. Rappelons que le voleur est, de plein droit, en demeure ; qu'il n'a rien à prétendre, même du chef d'impenses nécessaires ; et que si le vol a été commis par plusieurs, ils sont solidairement responsables. rei persecutoria

L'*actio furti* tend au payement de la peine ; laquelle est du quadruple du dommage causé dans le cas de flagrant délit, *furtum manifestum ;* et du double, dans les autres cas, *furtum nec-manifestum*. L'*actio furti* appartient à toute personne qui avait intérêt à ce que le vol n'eût pas lieu ; elle est donc donnée non seulement au propriétaire ; mais encore à ceux qui ont un *jus in re* sur la chose volée ; et, de plus, aux personnes qui avaient l'obligation de garder et de restituer cette chose, par exemple le locataire, le commodataire. Il est même à noter que, dans cette dernière hypothèse, l'*actio furti* ne compète au propriétaire, que pour autant qu'il n'ait pas été indemnisé par la personne obligée, conventionnellement, à restituer la chose. poenalis. — et être en rapport matériel avec la chose

Rapine

La rapine, ou vol commis à l'aide de violence, ne constitue en théorie, qu'une variété du vol ; mais notre loi l'a considérée comme un délit spécial ; et elle a créé une action pour la poursuivre : l'*actio vi bonorum raptorum*. Cette action tend au payement du quadruple, et doit être intentée dans l'année ; elle est mixte, c'est-à-dire repersécutoire à concurrence du montant du dommage, et pénale pour le surplus.

— De par la L. des 12 T en cas de furtum manifestum le volé pouvait recourir à la vengeance privée (tuer · battre de verges) ou accepter la rançon (composition volontaire)

— En droit nouveau il a l'actio furti manifesti qui lui obtient le paiement du quadruple.

§ 167.

2. *Damnum injuria datum.*

En principe, quiconque, par sa faute, porte préjudice à autrui est tenu de réparer ce préjudice. Mais ici, comme dans toutes les autres matières, le principe n'a pas été tout d'abord formulé dans des termes aussi généraux. On a commencé par en faire l'application aux cas les plus ordinaires; puis, on l'a étendu à d'autres par analogie; et ce n'est que graduellement qu'on est arrivé à y soumettre toutes les espèces qu'embrasse la formule énoncée ci-dessus.

Le siège des dispositions relatives à ce délit est la loi *Aquilia*. Elle se compose de trois chapitres :

Le premier prévoit le fait de tuer l'esclave ou le *pecus* d'autrui; et par *pecus*, on entend seulement les animaux qui ont l'habitude de paître par troupeau. L'auteur de ce délit est tenu de payer, au maître, la plus haute valeur que l'esclave ou le *pecus* a eue dans l'année.

Le deuxième chapitre touche à un ordre d'idées tout différent : il frappe l'*adstipulator* qui a remis la dette, par *acceptilatio*.

Le troisième, enfin, se rapproche du premier : il a, pour objet, tout autre dommage causé par la destruction ou par la détérioration de la chose d'autrui; et il impose l'obligation de payer une indemnité, calculée sur la plus haute valeur que la chose a eue dans les trente derniers jours.

Le deuxième chapitre était de beaucoup le moins important; il ne tarda pas à tomber en désuétude avec l'insti-

tution même des *adstipulatores;* et il n'en est plus question dans le droit nouveau. Il n'offre donc qu'un intérêt purement historique. Les deux autres chapitres, au contraire, ont toujours été d'une application quotidienne: et ce sont eux qui ont servi de point de départ aux développements que la matière a successivement reçus. Aussi devons-nous nous y arrêter, pour insister sur le caractère étroit de la loi *Aquilia*, et arriver aux extensions qui y ont été données, puis à l'exposé des règles générales du délit en droit nouveau.

Ce caractère étroit se trahissait à un triple point de vue : L'*actio legis Aquiliæ* n'appartenait qu'au propriétaire de la chose détruite ou détériorée; et pour que cette action fût ouverte, il fallait non seulement que l'atteinte ou lésion fût portée matériellement à la chose même, *corpori;* mais encore que cette atteinte résultât d'un contact avec le corps du délinquant, *corpore*. Telles étaient les prescriptions de la loi *Aquilia;* elle n'avait prévu que les cas les plus fréquents. Il se peut cependant que nous soyons lésés dans notre patrimoine en dehors de ces prescriptions. Par exemple, la chose atteinte ne nous appartient pas, mais est grevée d'un *jus in re* à notre profit; ou bien on a détruit ou détérioré notre chose sans se mettre avec elle en contact corporel, *corpori, nec corpore;* ou bien encore la chose est restée intacte, et l'on s'est borné à nous en faire perdre la possession en favorisant sa fuite ou son évasion, *nec corpore, nec corpori*. La loi *Aquilia* n'avait point pourvu à ces hypothèses. Elle présentait donc des lacunes considérables. La jurisprudence s'attacha à les combler; et elle y arriva insensiblement :

D'abord en accordant l'action, *utiliter*, au possesseur de bonne foi, ainsi qu'à toutes les personnes qui avaient

intérêt à la conservation de la chose, à raison d'un droit réel;

Ensuite, en la donnant, de même, contre l'auteur d'une lésion matérielle qui se serait produite sans contact corporel avec la chose : *corpori, nec corpore;*

Enfin, en attribuant également une action analogue, *actio in factum,* dans le cas où il y a dommage, sans que la chose même subisse aucune atteinte : *nec corpori, nec corpore.*

Parvenue à ce point, la législation est pour ainsi dire complète; et, conformément à la dénomination technique sous laquelle il est connu, *damnum injuria datum,* le délit a pour conditions constitutives :

1° *Damnum,* un dommage. La loi s'applique à tout préjudice matériel, à toute lésion que nous subissons dans notre patrimoine; peu importe en quoi elle consiste; peu importe la manière dont elle se produit; pourvu, cependant, qu'elle ne réunisse pas les éléments du vol; car alors elle donnerait lieu aux actions qui naissent de ce délit;

2° *Injuriâ datum,* causé sans droit, ou illicitement. Si vous usez de votre droit, vous n'engagez point votre responsabilité, *qui jure suo utitur neminem lædit.* Mais si vous allez au delà, si vous faites plus ou autre chose qu'user de votre droit, il y a *injuria,* et vous êtes responsable.

Il n'y a pas à rechercher si vous avez agi volontairement ou involontairement, avec ou sans intention de nuire; la simple faute, c'est-à-dire l'imprudence, l'imprévoyance ou la négligence tombe sous le coup de la loi. Et, ainsi qu'il résulte de la formule dans laquelle l'*injuria* vient d'être définie, on ne distingue pas plusieurs espèces

de fautes, *in lege Aquiliâ et levissima culpa venit;* ce qui veut dire, non pas, qu'il existe, en dehors de la *culpa lata* et de la *culpa levis*, un troisième degré de faute, *culpa levissima;* mais que toute distinction est ici proscrite; puisqu'on est responsable, par cela seul qu'on a fait plus ou autre chose qu'user purement et simplement de son droit.

Remarquez bien cette définition de l'*injuria;* elle permet de résoudre aisément toutes les difficultés que soulève la loi *Aquilia*. Elle donne également la réponse à la question de savoir si une abstention suffit pour rendre responsable du préjudice qui en a été la conséquence. En principe, la négative n'est pas douteuse; en effet, je ne suis pas tenu, *à priori*, de vous venir en aide, ou de faire quoi que ce soit pour vous éviter un dommage; de sorte qu'en m'abstenant, j'ai peut-être enfreint la morale, mais non le droit; je ne suis pas coupable d'*injuria*. Il n'en serait autrement, que si je me trouvais dans une situation qui m'oblige à quelque chose : par exemple, si j'étais détenteur d'une chose, animée ou inanimée, qui menace la sécurité d'autrui; dans ce cas, en n'empêchant pas cette chose de porter atteinte au droit d'autrui, je ne me borne pas à user de mon droit; il y a *injuria*.

Quant aux effets du délit, ils se déterminent en deux mots : le délinquant doit réparer le dommage qu'il a causé; et, selon que l'on verse dans le premier ou dans le troisième chapitre de la loi *Aquilia*, la chose, objet du dommage, doit être estimée à la plus haute valeur qu'elle a eue dans l'année ou dans les trente jours qui ont précédé. Ajoutons que, de même que dans les dommages et intérêts, auxquels donne lieu l'inexécution des obligations conventionnelles, le coupable n'est tenu que du préjudice

qui est la conséquence nécessaire du délit; mais qu'à la différence de ces obligations, il n'y a pas lieu de distinguer ici entre les conséquences prévues et les conséquences imprévues.

§ 168.

3. — Des injures.

Dans un sens large, le mot *injuria* comprend tout ce qui est contraire au droit; c'est cette signification qu'il a dans le *damnum injuriâ datum*. Dans son sens étroit et technique, le délit d'injure s'entend de tout acte illicite qui lèse notre personnalité. Ce délit présente donc, comme le précédent, une lésion résultant d'un acte illicite; mais le *damnum injuria datum* frappe notre patrimoine, tandis que l'injure s'attaque à notre personne même.

L'atteinte à la personnalité peut avoir lieu au propre ou au figuré, au physique ou au moral. La lésion ou atteinte physique consistera dans les blessures, les coups et voies de fait. L'atteinte morale, dans la calomnie, la diffamation, l'offense écrite, verbale ou par geste; et, d'une manière générale, dans tout fait attentatoire à notre considération.

Le délit d'injure se poursuit par l'*actio injuriarum*. Cette action tend à obtenir une réparation pécuniaire, dont le taux varie, suivant la classe à laquelle appartient l'individu offensé. Conformément aux principes généraux, elle ne se donne que contre l'auteur du délit, et non contre ses héritiers. Mais elle offre cette particularité qu'elle n'est attribuée qu'à la victime du délit; elle n'est

L'actio injuriarum ne passe aux héritiers ni activement, ni passivement.

ni cessible, ni transmissible. Le motif de cette particularité, c'est que l'*actio injuriarum* rentre dans la catégorie des actions dites *vindictam spirantes*. Elle est destinée à réparer une blessure physique ou morale, toute personnelle; en conséquence, elle ne peut appartenir qu'à l'offensé.

SECTION TROISIÈME.

Variæ causarum figuræ.

Quasi contrats
1) Negotiorum gestio
2) Acceptio indebiti
3) Communio incidens
Quasi délits.
Causes rebelles à toute classification

CHAPITRE PREMIER.

1) OBLIGATIO NASCITUR QUASI EX CONTRACTU.

§ 169.

Généralités.

En dehors des conventions et des délits, il y a encore d'autres causes d'obligations; causes assez nombreuses, et que les commentateurs ont réunies sous la dénomination de *variæ causarum figuræ*.

En analysant ces diverses causes, on a trouvé que quelques-unes ressemblent aux contrats; on a dit alors que *nascitur obligatio quasi ex contractu;* et de là les jurisconsultes modernes ont fait le nom de quasi-contrat. D'autres ont de l'analogie avec les délits; *obligatio nascitur quasi ex delicto;* d'où le terme, quasi-délit. Puis, il

èn reste un troisième groupe, où l'on ne rencontre de ressemblance ni avec les conventions ni avec les délits. Nous allons examiner succinctement ces trois groupes.

Il existe plusieurs relations juridiques, où l'obligation prend naissance *quasi ex contractu*. Ainsi, en général, l'héritier, en vertu de l'acquisition de l'hérédité, est tenu d'acquitter les legs, à peu près comme s'il s'y était engagé, par stipulation, envers les légataires. Ainsi encore, la tutelle établit, entre le tuteur et son pupille, une situation semblable à celle que crée le mandat: le tuteur a l'obligation de gérer les affaires du pupille, et de rendre compte; d'autre part, il a droit au remboursement des dépenses auxquelles il a été entraîné dans sa gestion. L'obligation du tuteur se poursuit au moyen de l'*actio tutelæ directa;* celle du pupille, par l'*actio tutelæ contraria*. Mais parmi ces relations juridiques, les plus importantes sont la *negotiorum gestio*, la *receptio indebiti*, et la *communio incidens;* elles font l'objet des trois paragraphes qui vont suivre.

§ 170.

Negotiorum gestio.

Il y a *negotiorum gestio*, quand quelqu'un soigne les affaires d'autrui, sans y être contraint; et sans en avoir été chargé, ni expressément ni tacitement. Ce n'est pas une gestion forcée comme la tutelle; on n'y rencontre pas le concours de volontés qui constitue le mandat; la *negotiorum gestio* est un acte unilatéral, volontaire et spontané; mais elle a entre les deux intéressés, le maître et

le gérant, des effets analogues à ceux du mandat; c'est-à-dire un effet direct ou nécessaire, et un effet accidentel ou éventuel.

L'effet direct ou nécessaire, c'est l'obligation du gérant, laquelle donne lieu à l'*actio negotiorum gestorum directa*. Cette obligation consiste :

1. A achever la gestion entreprise; et, comme le gérant ne tient pas sa mission de la volonté du maître, il est tenu de continuer sa gestion, même après la mort du maître, si son inaction était de nature à nuire aux héritiers.

2. A rendre compte. Rappelons que, contrairement aux principes généraux, il répond même de *culpa levis*.

L'effet accidentel ou éventuel, et qui se poursuit au moyen de l'*actio negotiorum gestorum contraria*, c'est l'obligation, qui incombe au maître, de rembourser les sommes que le gérant a dépensées dans sa gestion. Mais cette obligation est subordonnée à une double condition :

1° D'abord, que le gérant ait eu l'intention de lier éventuellement le maître; c'est pour ce motif que dans la spécification et l'accession, le possesseur de bonne foi, qui, par son fait, a augmenté le patrimoine d'autrui, n'a pas l'*actio negotiorum gestorum contraria ;*

2° Ensuite, que la dépense ait été faite dans l'intérêt du maître. Il n'est pas nécessaire que, finalement, elle lui profite réellement; il suffit de la considérer au moment où elle a eu lieu; mais il faut qu'à ce moment elle soit utile au maître.

§ 171.

Receptio indebiti.

Lorsque, par erreur, on a effectué un payement indû, la loi donne la *condictio indebiti;* et celui qui a reçu est tenu à restitution, à peu près comme s'il en avait pris l'engagement formel.

Pour qu'il y ait lieu à cette *condictio*, il faudra :

1° *Indebitum;* soit que la dette n'ait absolument aucune existence; soit qu'elle se trouve contractée sous condition ou soumise à une exception péremptoire; soit enfin qu'elle existe réellement et actuellement, mais au profit d'un autre créancier, ou à charge d'un autre débiteur.

2° Remise d'une chose, faite dans l'intention d'acquitter une dette.

3° Erreur; c'est-à-dire croyance erronée que la dette existait réellement, non seulement envers le créancier qu'on a voulu désintéresser, mais encore à charge du débiteur qu'on a voulu libérer. Si je sais que la dette n'existe pas, je suis censé avoir voulu faire une donation, et ce sont les règles de la donation qui sont applicables. Si, en payant la dette d'un tiers, j'ai eu l'intention de le libérer, le payement est valable; et, par conséquent, je n'aurai pas la *condictio indebiti*.

La *condictio* est donnée contre celui qui a reçu l'*indebitum;* et elle tend à la restitution de la chose indûment reçue, ainsi que des fruits qu'elle a pu produire. Mais l'obligation qui incombe au défendeur de bonne foi est soumise à un tempérament important; en ce sens, que la loi veut seulement qu'il ne s'enrichisse pas au détriment

de celui qui a versé dans l'erreur; de telle sorte que, si les fruits, ou la chose elle-même ont été aliénés ou consommés de bonne foi, le défendeur n'est tenu qu'autant qu'il se trouve enrichi, *in quantum locupletior factus est*.

§ 172.

III. *Communio incidens.*

On appelle *communio incidens*, toute communauté qui s'établit autrement que par l'effet d'une convention entre les cointéressés; par exemple, lorsqu'une hérédité ou un legs échoit à plusieurs.

Il résulte, de la *communio incidens*, des rapports analogues à ceux que crée le contrat de société. Ces rapports peuvent être envisagés à deux époques :

1. Tant que dure la *communio* ou indivision.
2. Quand elle cesse.

1. Durant l'indivision, les choses qui composent l'avoir commun appartiennent à tous les copropriétaires ou communistes, pris dans leur ensemble. Il s'ensuit que toute aliénation, totale ou partielle, exige la volonté unanime de tous; les actes conservatoires et les actes d'administration peuvent seuls avoir lieu sans le concours de tous. Il se peut donc que l'un ou quelques-uns des communistes gèrent les intérêts communs; ils seront alors obligés de rendre compte; et, par contre, ils auront le droit de réclamer les dépenses qu'ils auront faites dans leur gestion.

2. Mais chacun peut, quand bon lui semble, mettre fin à l'indivision; il a pour cela : l'*actio familiæ erciscundæ*, quand il s'agit d'hérédité; et, dans tous les autres cas, l'*actio communi dividundo*. Ces actions ont pour but

principal le partage; accessoirement, on y joint aussi les difficultés relatives aux comptes et aux remboursements dont il vient d'être question. — l'adjudicatio mettra fin à l'indivision.

CHAPITRE II.

§ 173.

2) *Obligatio nascitur quasi ex delicto.*

— La différence entre les délits, et les circonstances, où il est dit que l'obligation naît *quasi ex delicto*, n'a rien de logique. + On a prétendu que les délits ont pour caractère distinctif qu'ils impliquent le dol dans le chef de leur auteur; mais cette opinion est erronée; en effet, d'une part l'*injuria*, qui tombe sous le coup de la loi *Aquilia*, peut consister dans une faute, même la plus légère; d'autre part, la prévarication du juge ne rentre pas dans la famille des délits. + Il est également inexact de soutenir que le délit serait frappé d'une peine; tandis que l'obligation, *quasi ex delicto nata*, comporterait seulement la réparation du dommage causé, à l'exclusion de tout élément pénal. Pour se convaincre qu'il n'en est pas ainsi, il suffit de citer le fait qui donne lieu à l'*actio de positis et suspensis*, et qui entraîne la condamnation à une amende de dix écus d'òr.

Différence réelle. — La différence réelle tient, non pas à la nature des choses, mais uniquement à l'ordre chronologique qu'a suivi le développement de la matière. Parmi les actes

illicites, que la loi punit, les quatre plus fréquents ont été remarqués d'abord, et qualifiés délits; plus tard, les autres actes illicites ont attiré l'attention; ils ont été traités de la même façon, mais n'ont pas reçu le nom de délits; et, l'analogie étant flagrante, on a dit que l'obligation prend naissance *quasi ex delicto.*

CHAPITRE III.

§ 174.

Causes rebelles à toute classification.

Ces causes existent en grand nombre; nous n'allons pas les citer toutes; nous nous bornerons à celles qui font l'objet de la loi *Rhodia de jactu*, de l'action noxale et de l'*actio ad exhibendum*.

Lorsque pour sauver un navire, une partie de la cargaison est jetée à la mer, la loi *Rhodia de jactu* porte que la perte, qui résulte de ce sacrifice, doit être répartie, au marc le franc, entre les propriétaires qui en profitent; c'est-à-dire tous ceux auxquels appartiennent le navire et la cargaison.

L'action noxale a trait au dommage que nous cause l'esclave d'autrui. Elle nous est donnée contre le détenteur de l'esclave; et tend à la réparation du dommage; mais le défendeur a la faculté de se libérer, en abandonnant l'esclave noxal.

Ainsi que son nom l'indique, l'*actio ad exhibendum* a pour but de nous faire exhiber une chose ; et nous sommes fondés à réclamer cette exhibition, chaque fois que nous y avons un intérêt juridique. Tel est le principe général qui régit cette action, et qui conduit aux applications suivantes :

1. L'*actio ad exhibendum* prépare la revendication, quand une chose qui m'appartient se trouve au milieu d'autres, ou attachée à une autre ; sans qu'il y ait impossibilité physique ou morale de les séparer. Dans ces circonstances, mon droit de propriété reste intact ; et, par conséquent, j'ai la revendication ; mais pour revendiquer, il faut qu'il n'y ait aucune équivoque possible sur l'objet de la formule, par laquelle je résume ma prétention : *Hæc res mea est ;* il faut donc que cet objet soit séparé de tout autre, et individualisé de la façon la plus précise. J'obtiendrai ce résultat au moyen de l'*actio ad exhibendum.* Et dans cet ordre d'idées, on le comprend aisément, l'*actio ad exhibendum* pourra servir de préalable, non seulement à la revendication, mais encore aux autres *actiones in rem ;* et même aux *actiones in personam ;* par exemple, lorsque, dans une *obligatio generis*, le choix appartient au créancier.

2. Elle se substitue à la revendication et la remplace, lorsque je suis dépouillé de mon droit de propriété, par une spécification ou par une accession, opérée de mauvaise foi. J'ai perdu la propriété ; et, par suite, la revendication ; mais j'ai droit à des dommages et intérêts, et je les obtiens par l'*actio ad exhibendum.*

3. Elle est encore donnée dans le cas suivant. Ma barque est emportée par le courant, et va échouer sur votre terrain. Par cela seul que vous êtes propriétaire du

terrain, sur lequel ma barque se trouve actuellement, vous êtes tenu de me mettre à même de la reprendre; si vous vous y refusez, j'ai contre vous l'*actio ad exhibendum*. Et, comme, dans ce cas, la personne du débiteur peut changer, parce qu'il est possible que ma barque soit successivement emportée, par les eaux, sur divers terrains, on dit que l'*actio* est *in rem scripta*.

Il est facile de se convaincre que les obligations diverses, poursuivies par l'*actio ad exhibendum*, ne peuvent être rattachées, ni aux conventions ni aux délits. Dans le deuxième emploi qui vient d'être indiqué, les circonstances paraissent se rapprocher du délit; et pourtant, quoiqu'il s'agisse d'actes illicites, on n'y trouve pas l'élément caractéristique du délit; savoir, une peine proprement dite, comminée par la loi. Mais, dans les autres cas, à coup sûr, on ne rencontre rien d'analogue; là, de même que dans les faits qui tombent sous l'application de la loi *Rhodia* et de l'action noxale, il n'y a ni convention, ni délit, ni quoi que ce soit qui y ressemble; les obligations ont leur source dans une circonstance, à laquelle le débiteur n'a pris aucune part; et dès lors, il est réellement impossible de les classifier.

314

TITRE TROISIÈME.

EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

---

§ 175.

Généralités.

L'obligation s'éteint ou se délie de plusieurs façons : payement, compensation, novation, etc., etc.

On a classé en deux catégories ces divers modes de libération : ceux qui opèrent *ipso jure*, et ceux qui n'agissent que *per exceptionem*.

ipso jure A) Les premiers sont les véritables modes d'extinction; ils s'attaquent au lien de droit lui-même, et l'anéantissent d'une manière absolue; si bien qu'il n'y a plus ni créancier, ni débiteur; et que, par conséquent, l'obligation ne peut plus être invoquée par personne, ni contre personne.

per exceptionem B) Les autres modes de libération n'éteignent point l'obligation; ils laissent subsister le lien de droit; il y a encore créancier et débiteur; mais l'action qui serait intentée pourrait être paralysée; le défendeur a à sa disposition une exception proprement dite; et, comme nous aurons bientôt l'occasion de le constater, principalement au § 180, l'effet de l'exception est susceptible de plusieurs nuances : il est possible qu'elle soit péremptoire; possible qu'elle soit temporaire; possible aussi qu'elle ne soit pas

donnée à tous et contre tous les intéressés. Telle est la différence principale qui distingue les deux catégories de modes de libération. Au temps de la procédure ordinaire, il en existait une seconde : les modes *ipso jure*, précisément parce qu'ils éteignaient l'obligation, pouvaient être proposés en tout état de cause; tandis que les autres, ne donnant qu'une exception, devaient être formulés *in jure*, à peine de déchéance; au moins dans les *actiones stricti juris*. Mais cette différence est tombée avec le système formulaire; dans le droit nouveau, il ne reste que celle qui a été signalée en première ligne, et qui sera mieux comprise, quand nous aurons parcouru les différents paragraphes qui composent le présent titre.

§ 176.

1. — *Du payement*, solutio.

On entend par payement, dans le sens technique, l'extinction d'une obligation par l'accomplissement de la prestation due. Le mot se prend aussi dans une acception, quelquefois plus restreinte, quelquefois plus large; dans l'acception restreinte, il s'applique seulement aux obligations qui ont, pour objet, une somme d'argent; dans l'acception la plus large, il embrasse tous les modes de libération en général, tous les cas où le lien de droit se dénoue, *solvitur*; mais, dans son sens technique, il reste entre les deux extrêmes, et désigne l'extinction que produit l'exécution de la prestation, quel qu'en soit l'objet.

Les conditions requises pour la validité du payement concernent :

1. L'obligation, à laquelle il se rapporte;

2. Les personnes qui y interviennent;

3. La prestation même qui le constitue.

1. L'obligation doit avoir une existence réelle, soit civilement, soit au moins naturellement; et à charge du débiteur qu'on veut libérer, aussi bien qu'envers le créancier qu'on entend payer. Sinon, le payement n'est pas valable; et il y a lieu à la *condictio indebiti*, ainsi que nous l'avons exposé au § 171.

2. Les conditions relatives aux personnes soulèvent la question de savoir par qui, et à qui le payement peut être effectué.

a. Par qui? Il semble, à première vue, que c'est par le débiteur, et par lui seul. Cependant, il y aurait, dans la règle ainsi formulée, une double inexactitude. En effet, lorsqu'il s'agit d'une *obligatio dandi*, la *datio* due n'est valablement exécutée que pour autant que le *tradens*, débiteur ou non, réunisse la qualité et la capacité voulues pour faire tradition, c'est-à-dire, qu'il soit à la fois propriétaire et capable d'aliéner. D'autre part, dans tous les cas où la personne du débiteur n'est pas un élément essentiel de la prestation due, le créancier n'a pas intérêt à ce que le débiteur s'exécute personnellement; et, par conséquent, le payement est légalement opéré, aussi bien par toute autre personne, soit par un mandataire, soit même par un tiers.

b. A qui le payement peut être fait? D'abord au créancier; pourvu, toutefois, qu'il ait la capacité d'aliéner; parce que le payement emporte aliénation de la créance. Ensuite, au représentant du créancier; peu importe que le représentant soit institué par la loi elle-même ou par une convention; qu'il ait un mandat exprès ou tacite; mais ce qui n'est pas indifférent, c'est le point de savoir si ce

mandat a ou n'a pas été conféré dans une convention, intervenue entre le créancier et le débiteur. Car, dans l'affirmative, la désignation du mandataire, *solutionis causa adjectus*, forme une des clauses de la convention; la faculté de se libérer entre les mains de l'*adjectus* est un droit acquis pour le débiteur; et, par conséquent, elle ne peut être enlevée à ce dernier, sans son consentement.

3. La prestation même doit réunir exactement les conditions qui ont été énumérées au § 98; et, de plus, être accomplie avec l'intention d'éteindre l'obligation, *animus solvendi*.

Le payement est le mode d'extinction *ipso jure*, par excellence. Il a pour effet d'éteindre l'obligation d'une manière absolue; à l'égard de tous les intéressés, soit activement, soit passivement; pour le principal, comme pour les accessoires, tant réels que personnels.

Mais il peut arriver qu'entre deux personnes, il existe plusieurs dettes, ayant pour objet des choses de même espèce, par exemple des sommes d'argent; et que le débiteur vienne à effectuer un payement, insuffisant pour couvrir complètement le créancier. Dans cette hypothèse, quelles obligations se trouveront éteintes; en d'autres termes sur quelles obligations le payement devra-t-il s'imputer?

Il va de soi que cette question ne se présente pas, lorsqu'elle a été réglée, de commun accord, entre les parties. Mais s'il n'y a pas eu d'imputation conventionnelle, comment la difficulté va-t-elle se résoudre?

Tout d'abord, la loi laisse au débiteur la plus grande latitude; il doit cependant porter l'imputation sur les intérêts, avant d'atteindre le capital; et lorsqu'un terme a été convenu en faveur du créancier, celui-ci ne peut pas

en être privé malgré lui; mais, à part ces deux restrictions, le débiteur est entièrement libre d'imputer, comme bon lui semble.

Dettes inégales — Faute, par le débiteur, d'user de cette liberté, l'imputation est faite, par la loi, sur les dettes qu'il est le plus intéressé à éteindre. Ainsi la dette exigible passe avant celle qui ne l'est pas; celle qui produit un intérêt, avant celle qui n'en produit pas, etc.

Dettes égales mais créances inégales — Si les dettes sont toutes également onéreuses pour le débiteur, l'imputation se fait au plus grand avantage du créancier; et l'on éteint, de préférence, les créances les plus anciennes, c'est-à-dire celles dont l'échéance remonte le plus haut; parce qu'elles sont les premières à tomber sous le coup de la prescription.

Dettes et créances égales — Enfin, toutes choses étant égales, pour le débiteur comme pour le créancier, il n'y a aucun motif d'entamer une dette plutôt que l'autre : l'imputation a lieu sur toutes proportionnellement.

Refus — Reste un dernier point à examiner. Un payement qui a tout ce qu'il faut pour être valable, est refusé; la prestation est exactement et à tous égards ce qu'elle doit être; elle est offerte par une personne qui a qualité pour payer, à une personne qui a qualité pour recevoir; et elle n'est pas acceptée, par suite soit d'erreur ou de négligence, soit même de mauvais vouloir; sera-t-il impossible d'arriver à la libération du débiteur? Non pas; la loi donne un moyen de dégager le débiteur; et ce moyen consiste dans l'offre réelle, suivie de consignation. Il faudra donc :

1° Une offre réelle. L'offre verbale ou écrite ne suffirait pas, la loi veut une offre matérielle; et la prestation, ainsi offerte, doit réunir toutes les conditions qu'exige la validité du payement.

Elle met le créancier en demeure.

{ Les risques et périls lui incombent
{ Le débiteur ne répond plus que de son dol

V. p. 216.

2° La consignation de la chose offerte et non acceptée, c'est-à-dire le dépôt entre les mains de l'autorité publique.

L'offre réelle, à elle seule, a pour effet de constituer le créancier en demeure; suivie de consignation, elle équivaut au payement. Toutefois l'extinction de la dette n'est pas irrévocable; à la vérité, la chose consignée est à la disposition du créancier; et s'il en est pris livraison, il y a alors payement effectif; mais jusque-là, il est loisible au débiteur de reprendre la chose; et s'il use de cette faculté, l'obligation revit, telle qu'elle était avant la consignation.

§ 177.

2. — De la compensation.

La compensation est un double payement, ou plutôt tient lieu d'un double payement sans bourse délier. Elle a lieu, lorsque deux individus se trouvent réciproquement débiteur et créancier l'un de l'autre. Je suis votre débiteur; et, de votre côté, vous êtes aussi mon débiteur; rigoureusement, chacun de nous serait tenu d'accomplir la prestation par lui due; au lieu de cela, et grâce à la compensation, je paye ma dette envers vous, au moyen de celle que vous avez envers moi. La compensation a ainsi l'avantage de supprimer deux fois l'opération matérielle du payement; mais elle est particulièrement utile dans l'hypothèse où l'une des parties est insolvable; car elle empêche l'insolvabilité de retomber sur l'autre partie; et c'est là surtout ce qui rend importante l'étude des conditions auxquelles elle est subordonnée.

La compensation étant un payement réciproque, il s'en-

suit que les règles du payement y sont applicables. Ainsi il faudra :

1° Qu'il existe deux dettes. Le payement exige, avant tout, une dette valable; de même la dette valable peut seule être efficacement opposée en compensation. Mais il n'est pas nécessaire que la dette soit civile; iei, comme en matière de payement, l'obligation naturelle suffit. Il importe peu également, au moins en général, de rechercher l'origine de la dette. Il n'en fut pas toujours ainsi. Dans le principe, les deux dettes devaient être nées de la même cause; par exemple, du même contrat. Dans le droit nouveau, cette exigence n'a pas été maintenue; et la compensation est admise, quelles que soient les causes d'où procèdent les obligations. Il n'y a à cette règle que quelques exceptions, dont la principale a été citée en traitant du dépôt, savoir que l'*actio depositi directa* ne peut pas être écartée par la compensation.

2° Que les dettes existent réciproquement entre les deux mêmes individus; c'est-à-dire que chacun soit tour à tour créancier de l'une, et débiteur de l'autre. De même que je n'ai pas le droit de vous réclamer ce qui est du à autrui; de même évidemment je ne serais pas fondé non plus à vous opposer en compensation ce que vous devez à autrui.

3° Que les dettes aient toutes deux, pour objet, des choses fongibles, de même espèce et qualité. La règle est que la prestation, à laquelle le créancier a droit, c'est exactement la prestation, telle qu'elle est due; la compensation, étant un payement réciproque, implique donc dans les deux prestations dues, une identité complète d'objet. Toutefois il n'est pas indispensable qu'elles soient de la même quotité; lorsqu'elles diffèrent sous ce rapport,

l'obligation la plus élevée est éteinte à concurrence du chiffre de la moins élevée; et la compensation déroge, en ce point, au principe d'après lequel le créancier n'est pas tenu de recevoir un payement partiel.

4° Que les dettes soient exigibles. Le terme ne peut pas être enlevé au débiteur sans son consentement; il fait donc obstacle à la compensation. Mais il n'en est ainsi que du terme ordinaire; et non pas du terme de grâce; lequel est accordé au débiteur, pour satisfaire à la condamnation prononcée contre lui; ce dernier en effet n'a pour but que de mettre le débiteur en mesure de s'exécuter; et, par conséquent, il n'a plus de raison d'être, lorsque le débiteur est lui-même devenu créancier de celui qui a obtenu la condamnation.

5° Enfin, que les dettes soient liquides; c'est-à-dire que le montant en soit fixé, ou, du moins, qu'il soit susceptible de l'être sans retard. La compensation n'est point l'application directe et rigoureuse des principes; c'est un motif d'équité qui l'a fait admettre; mais ce motif, absolument plausible quand la créance opposée est liquide, cesse évidemment de l'être, lorsque le chiffre de la créance est incertain, et que la fixation de ce chiffre offre des complications sérieuses. Le titulaire de pareille créance aurait d'abord à recourir aux devoirs d'instruction nécessaires pour établir, d'une manière précise, ce qui lui revient; et de même que, jusque-là, il lui serait impossible d'obtenir une condamnation en vertu de cette créance; de même aussi, il ne serait pas recevable à la produire en terme de compensation. Cependant toute contestation quelle qu'elle soit, ne suffit pas à rendre la créance illiquide; et l'observation est vraie, non seulement pour la contestation relative à la hauteur de la

créance, mais encore pour celle qui porterait sur son existence même. Si la difficulté est sérieuse, et exige une vérification qui retarderait notablement le jugement, le moyen tiré de la compensation sera écarté; tandis qu'il sera admis si la difficulté n'est pas sérieuse ou si elle est de nature à pouvoir être promptement vidée.

Telles sont les conditions requises par la loi; réunies, elles donnent un moyen de défense qui a pour effet d'éteindre les deux dettes, soit pour le tout, soit pour partie, suivant qu'elles sont ou ne sont pas toutes deux du même chiffre.

En général, ce moyen n'existe et n'agit qu'entre les deux individus qui sont respectivement créancier et débiteur l'un de l'autre; par la raison, qu'en général on ne peut ni exercer les droits d'autrui, ni être recherché à raison de ses obligations. Toutefois, lorsqu'une créance a été cédée, il est permis d'opposer au cessionnaire les dettes du cédant aussi bien que du cessionnaire : celles du cédant, parce que c'est lui qui est réellement créancier, et que le cessionnaire n'est qu'un mandataire : celles du cessionnaire, parce que celui-ci agit dans son intérêt et pour son propre compte, *procurator in rem suam*. La proposition ne subit une restriction que dans le cas où la cession a été notifiée : alors, les créances à charge du cédant ne peuvent être invoquées contre le cessionnaire, que pour autant qu'elles existent déjà au moment de la notification.

D'un autre côté, quand il y a à la fois un débiteur principal et une caution, celle-ci est fondée à se prévaloir de ce qui est dû au débiteur principal; car, d'abord, la caution n'étant tenue qu'accessoirement, est fondée à user des moyens du débiteur principal; puis, ayant le *benefi-*

cium excussionis, elle est, à *fortiori*, en droit de recourir à la compensation. La solution est tout autre pour les codébiteurs solitaires, par le motif que, vis-à-vis du créancier, ils sont tous sur la même ligne. Si l'un devient à son tour créancier, les autres n'ont pas la faculté d'invoquer cette circonstance; le premier a seul ce droit; et ce n'est que quand il en aura usé, que les autres seront libérés.

Ce qui vient d'être dit des codébiteurs solidaires permet de résoudre la question de savoir si la compensation produit son effet de plein droit. La loi porte que la compensation agit *ipso jure*. Faut-il entendre, par là, que l'extinction, qui en résulte, a lieu par cela seul que les conditions légales existent; à l'insu des parties intéressées; et même malgré elles? Evidemment non; si telle était la portée de la compensation, du moment que l'un des débiteurs solidaires serait devenu créancier du créancier commun, tous seraient libérés *ipso facto*. Or, nous venons de voir qu'il n'en est pas ainsi. La compensation n'opère donc pas sans la volonté de celui qui est en droit de s'en prévaloir; elle doit être proposée; mais une fois qu'elle l'a été, elle a un effet rétroactif; c'est-à-dire qu'elle est censée avoir été invoquée au moment même où les deux créances ont commencé à coexister. En conséquence, il faudra se reporter, rétroactivement, à ce moment pour arrêter le cours des intérêts; et c'est par application de la même règle que, dans le cas de cession, l'obligation qui existe à la charge du cédant, lors de la notification, peut être opposée au cessionnaire. Voilà dans quel sens la compensation agit *ipso jure*.

Ajoutons que les mêmes termes s'entendent aussi dans un autre sens, lorsqu'on les met en rapport avec la divi-

sion générale des modes de libération. En effet, lorsqu'elle est proposée, la compensation revient à dire au demandeur que sa créance n'existe plus; et, par conséquent, elle constitue, non pas une exception proprement dite, mais une *litis contestatio negativa;* de sorte qu'à ce second point de vue, elle agit encore *ipso jure* et non *per exceptionem.*

§ 178.

3. — De la novation.

La novation est la convention qui éteint une obligation par la création d'une autre. Cette définition détermine, d'une manière précise, les trois éléments constitutifs de la novation, savoir : d'abord, qu'il existe une obligation; ensuite, qu'une convention crée une autre obligation; et que cette convention ait pour but d'éteindre l'obligation première. Reprenons ces trois éléments :

1° Une obligation antérieure. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit civile; une obligation naturelle peut servir de base à la novation. Il n'y a pas à rechercher si elle procède d'une convention, d'un délit ou de toute autre cause. Il importe peu également qu'elle soit pure et simple, à terme ou sous condition. Seulement, dans ce dernier cas, le caractère éventuel de l'obligation s'étend de droit à la novation elle-même : car la condition tenant en suspens l'efficacité des actes, il en résulte que, tant qu'elle n'est pas accomplie, le premier élément, qu'implique la novation, fait défaut; et dès lors, celle-ci est, naturellement, subordonnée à la même condition que l'obligation.

2° Une convention qui crée une obligation nouvelle.

Cette convention peut également revêtir toutes les modalités, dont une convention est susceptible; mais il va encore de soi, à raison de la portée juridique de la condition, que si la convention est conditionnelle, la novation l'est aussi.

3° Le rapport de cause à effet, indiqué ci-dessus, entre les deux premiers éléments; c'est-à-dire que la convention soit faite pour éteindre l'obligaton première par la création de l'obligation nouvelle; telle doit être l'intention des parties, *animus novandi;* et cette intention doit être formellement exprimée; sinon, pas de novation.

La validité de la convention exige la réunion de toutes les conditions requises en général quant à la capacité, à l'objet, au consentement; et, comme elle ne rentre ni dans les contrats consensuels, ni dans les contrats réels, elle a besoin, pour être civilement efficace, d'une condition de forme. Dans l'ancien droit, on avait le choix entre le contrat littéral et le contrat verbal; dans le droit nouveau, la *transcriptio* a disparu; il ne reste que la *stipulatio*, pour rendre la novation civilement obligatoire.

La novation peut s'opérer par une transformation, qui se produit dans l'un des trois points essentiels de l'obligation, ou dans deux de ces points, ou même dans tous les trois à la fois; mais il est entendu que, dans tous les cas, cette transformation doit être telle, que l'obligation ancienne soit anéantie par l'établissement de la nouvelle. Ainsi il y a novation :

1. Par changement dans la personne du créancier; quand je m'engage à faire à un autre la prestation que je vous dois; et que, moyennant cet engagement, je suis libéré envers vous.

2. Par changement dans la personne du débiteur;

quand un autre s'oblige à la prestation qui vous est due par moi, et que vous me libérez. Cette sorte de novation a lieu le plus souvent à l'intervention du débiteur primitif. Mais cette intervention n'est pas nécessaire; la novation, comme le payement, peut s'opérer à l'insu du débiteur, et même malgré lui; elle porte alors le nom d'*expromissio*.

3. Par changement dans la prestation; soit qu'un nouvel objet se trouve substitué à l'ancien; soit que la cause seule se transforme, de telle façon que c'est toujours le même objet qui est dû, mais à un autre titre; par exemple quand vous me laissez, à titre de prêt, ce que je vous dois en vertu d'un louage, ou d'un mandat.

L'effet de la novation est tout entier dans la définition. Cet effet est double. D'une part, la novation éteint la dette ancienne, *ipso jure*; d'autre part, elle crée une dette nouvelle, qui a la portée voulue par les parties; et quant à la question de savoir s'il est possible de réserver à la dette nouvelle les garanties qui couvraient l'ancienne, elle se résout par une distinction qui découle directement des principes généraux : s'agit-il de la solidarité ou du cautionnement, il est clair que la réserve exigerait le consentement des débiteurs solidaires ou de la caution; s'agit-il d'une garantie réelle, il suffit de la volonté du propriétaire actuel de la chose grevée; mais cette garantie ne peut pas valoir, à l'égard des tiers, pour une somme supérieure au montant de l'obligation primitive.

4. — DE LA REMISE DE LA DETTE.

§ 179.

Notion et introduction historique.

La remise de la dette est la convention qui libère le débiteur gratuitement, c'est-à-dire, sans que le créancier reçoive la prestation due, ni aucun équivalent quelconque. C'est la donation qui consiste *liberando*. —

Cette matière est dominée, dans le *jus civile*, par un principe, qui paraît éminemment logique, savoir : que les obligations s'éteignent par des modes analogues à ceux qui ont servi à les créer; en d'autres termes, que la *causa civilis* de la convention libératoire doit être la même que celle de la convention qui a engendré l'obligation. L'application de ce principe se faisait de la manière la plus simple :

1. Au contrat littéral. L'écriture avait créé l'obligation civile; la remise était rendue civilement efficace par une écriture passée en sens inverse; laquelle constituait l'*acceptilatio* proprement dite, telle qu'on l'entendait originairement;

2. Au contrat verbal. L'obligation avait sa source dans la stipulation; il fallait, pour l'éteindre, une stipulation contraire, dans laquelle le débiteur posait la question : *Acceptum habes*, et le créancier répondait : *Acceptum habeo*. On a étendu à cette stipulation le nom d'*acceptilatio*; et, dans le droit nouveau, c'est même cette seconde signification qui seule est restée au mot *acceptilatio*;

3. Aux contrats consensuels. Le consentement avait suffi pour donner naissance aux obligations; il suffisait également pour y mettre fin. Mais il n'en était ainsi, que pour autant que les obligations, nées de ces contrats, fussent encore entières; car s'il y avait eu exécution de la part d'une des parties, l'obligation de l'autre avait sa cause, non seulement dans le consentement donné, mais encore dans une prestation déjà reçue; et dès lors la situation était celle qui se rencontre dans les contrats réels.

Or, dans les contrats réels, comme dans les contrats consensuels qui ont été en partie exécutés, comment arriver, pour remettre la dette, à un mode analogue à celui qui l'a engendrée? On aurait beau chercher; le seul mode analogue qui éteigne la dette, ce serait l'accomplissement d'une prestation, c'est-à-dire le payement ou la dation en payement; et il est absolument impossible d'imaginer une prestation à effectuer, pour amener la libération *à titre gratuit*. La même impossibilité est encore évidente dans les délits, ainsi que dans les diverses autres causes d'où procèdent les obligations, *variæ causarum figuræ*. Que faire, dans tous ces cas? La difficulté n'était pas insurmontable; elle a été résolue par le jurisconsulte *Aquilius Gallus*; et le moyen qu'il a trouvé n'est pas bien compliqué. Il consiste purement et simplement à nover la dette, en changeant la cause de la prestation due. Que fallait-il, pour cela? Une stipulation; on l'appelle, dans ce cas, du nom de son auteur, stipulation aquilienne; et, la dette résultant alors d'une stipulation, la remise s'opère par la stipulation contraire, nommée *acceptilatio*.

Tel était le système du *jus civile* dans l'ancienne légis-

lation. Il a été maintenu dans le droit nouveau; sauf toutefois que, le contrat littéral ayant disparu, la première application de l'*acceptilatio* a disparu également. En résumé donc, l'*acceptilatio*, dans sa seconde et dernière acception, servait à rendre civilement efficace la remise de dette. Abstraction faite des contrats consensuels entièrement inexécutés, dans lesquels le consentement suffisait, le *jus civile* exigeait dans tous les autres cas l'*acceptilatio*; soit que l'obligation fût née directement d'un contrat verbal, soit que, provenant d'une autre cause, elle eût été transformée au moyen de la stipulation aquilienne.

Quant au *jus gentium*, il se contentait d'un simple pacte. Ce pacte était parfait par la réunion des éléments requis pour la validité de toute convention; et le consentement pouvait s'y manifester, peu importe de quelle façon. Jus gentium

Nous retrouvons ainsi, dans la remise de dette, l'antagonisme qui a été constaté entre le *jus civile* et le *jus gentium*, dans la partie qui traite de la source des obligations conventionnelles. C'est la différence entre le contrat et le pacte, qui se reproduit ici dans les conventions destinées à éteindre les obligations. Nous venons de la constater dans les conditions, auxquelles est subordonnée la perfection de ces conventions; nous allons la retrouver, dans le paragraphe qui suit, au point de vue de leur efficacité.

§ 180.

Effets.

De même que le simple pacte ne créait qu'une obligation naturelle, et que celle-ci, en général, ne donnait qu'une exception; de même, dans la remise de dette, le pacte ne donnait non plus qu'une exception; et c'est ici qu'apparaît, dans toute sa netteté, la distinction entre les modes de libération qui opèrent *ipso jure*, et ceux qui n'agissent que *per exceptionem*.

L'*acceptilatio* éteint la dette *ipso jure;* c'est-à-dire d'une manière absolue; pour les accessoires, comme pour le principal; à l'égard de tous les intéressés, tant activement que passivement. Elle équivaut entièrement au payement : pour s'en convaincre, il n'y a qu'à se rappeler l'étymologie du mot *acceptilatio* et le mécanisme de l'opération qu'il désigne.

Le pacte rémissoire, *pactum de non petendo,* laisse subsister la dette; il fournit seulement une exception proprement dite; et la portée de cette exception dépend de la volonté commune qui a présidé au pacte. Sous ce rapport, on distingue le *pactum in personam* et le *pactum in rem.*

On appelle *pactum in personam,* celui qui est soumis à quelques restrictions, soit quant à sa durée, soit quant aux personnes, par lesquelles ou contre lesquelles il peut être invoqué : par exemple celui dont le bénéfice est accordé au débiteur, à l'exclusion de ses héritiers, ou qui réserve les droits des héritiers du créancier. Naturelle-

ment, le *pactum in personam* n'agira que dans les limites tracées par l'intention commune des parties.

On appelle *pactum in rem*, celui qui n'a été soumis à aucune restriction. Il a pour but d'empêcher que le débiteur ne soit encore recherché, en quoi que ce soit, à raison de la dette dont il s'agit; et l'exception qu'il engendre est destinée à réaliser ce but. Mais la convention ou simple pacte n'éteint pas l'obligation; et d'autre part elle reste sous l'empire de l'adage *Res inter alios acta etc.*, *etc.* Il faudra donc combiner cet adage avec la volonté commune qui a inspiré le *pactum in rem*, pour déterminer l'influence de ce pacte; et, notamment, pour décider à qui et contre qui est donnée l'exception qui en résulte.

Il est clair que le *pactum*, même *in rem*, consenti par l'un des créanciers solidaires ne sera pas opposable aux autres; de même que celui qui aurait été conclu avec la caution ne pourrait pas être invoqué par le débiteur principal. Il n'y a, dans ces deux cas, aucun motif pour ne pas suivre à la lettre la règle *Res inter alios acta.*

Mais si le pacte a eu lieu avec le débiteur principal, profitera-t-il à la caution? A s'en tenir rigoureusement à la règle *Res inter alios acta*, on refuserait l'exception à la caution; celle-ci serait donc condamnée à payer le créancier; mais, qu'arriverait-il alors? C'est qu'après avoir payé, elle aurait un recours contre le débiteur principal; de telle sorte que, en dépit de la promesse qui lui a été faite par le créancier, le dit débiteur devrait payer; et, qu'ainsi en définitive, le pacte ne produirait pas, même entre les parties, l'effet qu'elles ont incontestablement voulu. Pareil résultat était-il admissible? Evidemment non. Il y avait, dans ce cas, au moins en apparence, un conflit entre les deux principes rappelés ci-dessus. Si le

conflit était réel; s'il y avait effectivement impossibilité de trouver une solution conforme à l'un comme à l'autre, il faudrait bien se résigner à sacrifier l'un des deux. Telle est l'explication que l'on donne habituellement; et l'on dit que, pour laisser à la convention tous les effets qui étaient dans la volonté commune des parties, la loi à porté atteinte à la règle *Res inter alios acta* en faisant profiter le pacte à la caution. Mais cette prétendue atteinte n'est-elle pas plus apparente que réelle? Il me semble qu'on pourrait le soutenir; et voici comment. Je suppose, un instant, que dans la convention, avenue entre le créancier et le débiteur principal, il ait été entendu *expressément* qu'elle profiterait à la caution; il est certain que cette dernière clause serait valable, quoique faite en faveur d'un tiers; parce que le débiteur principal avait lui-même intérêt à la conclure. Ce premier point étant constant, j'ajoute que ce qui est vrai d'une convention *expresse*, est vrai également d'une convention *tacite*. Or, cette convention tacite me paraît indéniable. Il s'agit, ne le perdons pas de vue, d'un pacte *in rem*, c'est-à-dire d'un pacte, dans lequel le créancier a promis, autant qu'il est en lui, que le débiteur ne serait plus recherché. Dès lors, n'est-il pas hors de doute que celui-ci a voulu que la caution soit aussi à l'abri de toute poursuite? N'est-il pas, de même, hors de doute que cette volonté a été partagée par le créancier? Et, s'il en est ainsi, n'avais-je pas raison de dire que la dérogation au principe *Res inter alios acta* n'est qu'apparente?

Le même raisonnement sert à résoudre la question à l'égard des débiteurs solidaires. Pourquoi le bénéfice du pacte avenu entre le créancier et le débiteur principal s'étend-il à la caution? Nous venons de le voir : parce

que le débiteur avait intérêt à libérer la caution, aussi bien que lui; et que, dès lors, il est présumé avoir traité pour elle, comme pour lui. C'est à la même idée qu'il faudra s'attacher, quand le pacte a été conclu entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires; pour savoir si les autres en profiteront, il y aura à rechercher si celui qui est intervenu au pacte a intérêt à la libération des autres (voir § 105). N'a-t-il pas intérêt à cette libération; l'exception lui appartient à lui seul, et la règle *Res inter alios acta* ne subit pas même l'ombre d'une atteinte. Au contraire, a-t-il intérêt à ce que les autres soient libérés; il est considéré comme ayant traité pour eux, aussi bien que pour lui; il y est intéressé, parce que, sans cela, les autres, après avoir payé, auraient contre lui un recours; et par conséquent il faudra bien que l'exception, tirée du pacte, serve à tous; sinon, celui-ci ne produirait pas son effet, même entre ceux qui y ont été directement parties.

s. v. 220 *

§ 181.

5. — De la confusion.

La confusion est la réunion, dans la même personne, de deux qualités incompatibles entre elles. Quand il s'agit de droits réels, ces deux qualités sont celles de propriétaire et de titulaire d'un *jus in re;* et la confusion met fin au *jus in re*. Ici, ce sont les qualités de créancier et de débiteur de la même obligation; et leur réunion anéantit l'obligation : pour le tout, si la confusion est complète; pour partie, dans le cas contraire; par exemple, lorsque le débiteur est l'héritier du créancier ou vice versâ, l'obligation s'éteint dans la mesure de la part héréditaire.

Caution

(Si la dette est cautionnée, et que le débiteur principal succède au créancier ou réciproquement, le cautionnement est éteint comme la dette principale) mais si c'est la caution qui succède au créancier ou réciproquement, le cautionnement seul est éteint et la dette principale reste intacte.

Solidarité

En cas de solidarité, il faut distinguer. La confusion s'opère-t-elle dans le chef d'un des créanciers, la dette ne s'éteint que dans la mesure de ce qui revient, en définitive, à ce créancier. A-t-elle lieu dans la personne d'un des débiteurs, la dette s'éteint seulement pour ce qui, en dernière analyse, devait être supporté par ce débiteur.

§ 182.

DES DIVERS AUTRES MODES D'EXTINCTION.

L'obligation peut encore s'éteindre de diverses autres manières; nous nous bornons à citer les suivantes :

1° L'expiration du terme résolutoire, *dies ad quem;*

2. L'impossibilité absolue, produite par cas fortuit, d'exécuter désormais l'obligation; et notamment la perte fortuite de la chose due (voir §§ 100 et 103);

Le débiteur en principe n'est pas responsable du cas fortuit. Il ne l'est qu'en cas de mise en demeure et encore si la chose n'eût pas péri chez le créancier.

3. La transaction. On entend par là, la convention par laquelle les parties terminent ou préviennent une contestation, au moyen de concessions réciproques. Elle constitue un mode de libération, lorsque la concession consiste dans l'abandon d'une créance; et, pour savoir quelle est l'efficacité de pareille convention, il faut voir si elle rentre dans les contrats ou dans les simples pactes, d'après les règles qui ont été exposées au § 180;

4. La prescription, *præscriptio temporalis.* Cette insti-

tution trouve sa place dans le cours de procédure. On y voit que le débiteur, au moyen de la prescription, a la faculté de paralyser l'action intentée par le créancier, et d'échapper, par suite, à l'exécution de son obligation. La prescription n'agit donc que *per exceptionem*; et, bien que la question soit controversée, nous pensons qu'elle laisse subsister une obligation naturelle. Pour le démontrer directement et d'une manière complète, il faudrait insister principalement sur l'origine, comme sur la nature de la prescription; ces deux points étant traités dans l'étude détaillée de la procédure, force nous est d'y renvoyer; et, pour ne point sortir de notre cadre, nous nous en tiendrons à l'argument tiré d'une disposition qui a été signalée au titre *De l'hypothèque*, savoir : que quand la chose hypothéquée est entre les mains du débiteur, l'action hypothécaire n'est prescrite qu'au bout de quarante ans; alors cependant que trente ans suffisent pour prescrire l'*actio in personam*, destinée à faire valoir la créance garantie. Il résulte de là qu'au bout de trente ans, et jusqu'à l'expiration des quarante ans, l'hypothèque reste parfaitement efficace, quoique ne couvrant plus qu'une créance prescrite; or, ce résultat serait impossible si la prescription anéantissait jusqu'à l'élément naturel de l'obligation; puisqu'il est élémentaire que l'hypothèque ne peut pas exister, sans une dette qu'elle a pour but de garantir. Nous estimons donc que la prescription a seulement pour effet de transformer l'obligation civile en obligation naturelle.

TABLE DES MATIÈRES.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION.

TITRE PREMIER.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE I[er].

NOTION ET DIVISION.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES.

CHAPITRE III.

DES CHOSES.

CHAPITRE IV.

DES ACTES JURIDIQUES.

TITRE SECOND

DE LA POSSESSION.

CHAPITRE Ier.

INTRODUCTION HISTORIQUE.

CHAPITRE II.

DÉFINITION.

CHAPITRE III.

CONDITIONS REQUISES POUR L'ACQUÉRIR.

CHAPITRE IV.

COMMENT ELLE SE PERD.

CHAPITRE V.

ACTIONS POSSESSOIRES.

LIVRE PREMIER.

DROITS RÉELS.

TITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE Ier.

INTRODUCTION HISTORIQUE.

CHAPITRE II.

NOTIONS GÉNÉRALES.

CHAPITRE III.

MODES D'ACQUISITION.

CHAPITRE IV.

ACTIONS QUI PROTÈGENT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE DEUXIÈME.

DES SERVITUDES.

CHAPITRE PREMIER.

GÉNÉRALITÉS.

CHAPITRE II.

PRINCIPALES SERVITUDES PERSONNELLES.

CHAPITRE III.

SERVITUDES PRÉDIALES.

CHAPITRE IV.

ACTIONS QUI PROTÈGENT LES SERVITUDES.

CHAPITRE V.

CHAPITRE VI.

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT.

TITRE TROISIÈME.

TITRE QUATRIÈME.

TITRE CINQUIÈME.

DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE.

CHAPITRE Ier.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

EFFETS.

CHAPITRE IV.

ACTIONS.

CHAPITRE V.

EXTINCTION.

LIVRE SECOND.

OBLIGATIONS.

TITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES.

CHAPITRE Ier.

DÉFINITION, ET CESSION.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

ESPÈCES DIVERSES.

TITRE DEUXIÈME.

SOURCES DES OBLIGATIONS.

SECTION Ire.

DES CONVENTIONS.

CHAPITRE Ier.

I. — Contrats consensuels.

1. *Vente*.

4. *Société.*

5. *Contrats innommés*.

III. — **Contrat verbal.**

IV. — Contrat littéral.

CHAPITRE II.

I. — Pactes confirmés.

1. *Pacta adjecta.*

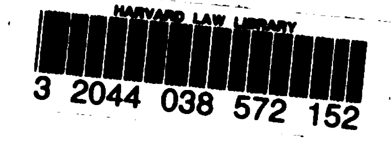
SECTION DEUXIÈME.

DES DÉLITS.

SECTION TROISIÈME.

I. — Quasi contrats.

TITRE TROISIÈME.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 038 572 152

